

**LA PARTICIPATION
DU JUGE
A L'APPLICATION
DES
SANCTIONS PÉNALES**

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

CHRISTIAN NILS ROBERT

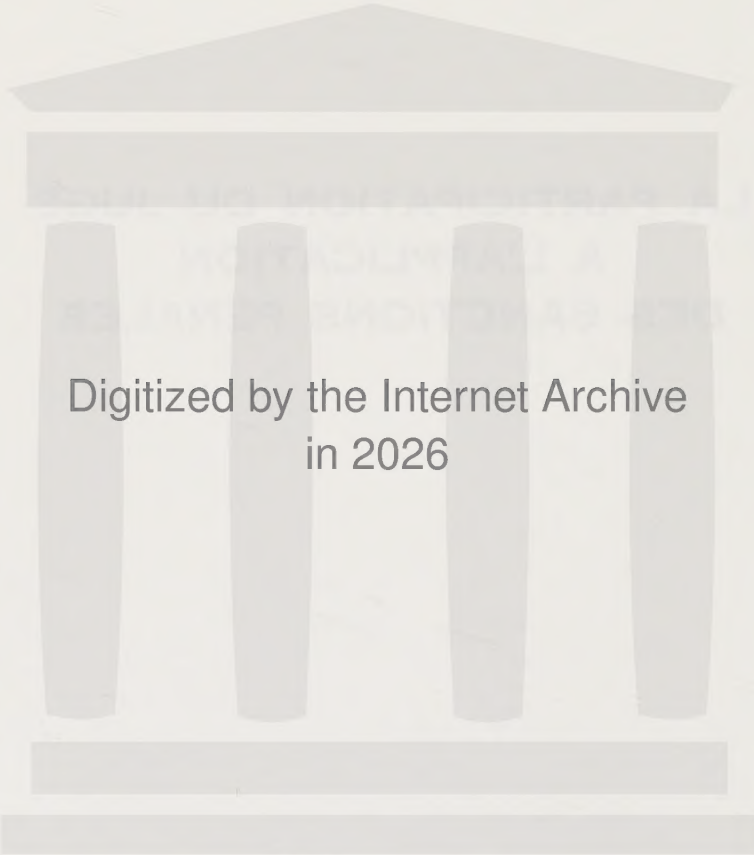
DE
LA CHAUX-DE-FONDS (NEUCHÂTEL)

THÈSE N° 618

GEORG & C^{IE} S.A.
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GENÈVE

1974

**LA PARTICIPATION DU JUGE
A L'APPLICATION
DES SANCTIONS PÉNALES**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**LA PARTICIPATION
DU JUGE
A L'APPLICATION
DES
SANCTIONS PÉNALES**

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

CHRISTIAN NILS ROBERT

DE

LA CHAUX-DE-FONDS (NEUCHÂTEL)

THÈSE N° 618

GEORG & C^{IE} S.A.

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GENÈVE

1974

La faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 15 juillet 1974.

Pour le Doyen
Christian DOMINICÉ, *absent* :

D. ROSSI,
administrateur.

Thèse N° 618.



ABRÉVIATIONS

AIDP	Association internationale de droit pénal.
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse.
BAP	Bulletin de l'Administration pénitentiaire (Bruxelles).
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale (Berne).
CF	Constitution fédérale de la Confédération suisse (BV).
Cpepol	Code pénal exécutif polonais.
Cpfr	Code pénal français.
Cpit	Code pénal italien.
Cppfr	Code de procédure pénale français.
Cppit	Code de procédure pénale italien.
Cppol	Code pénal polonais (1969).
CPS	Code pénal suisse.
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung.
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.
EstVG	Entwurf des Strafvollzugsgesetz (1971).
Et. pénit.	Etudes Pénitentiaires (Paris).
FF	Feuille fédérale (Berne).
FIPP	Fondation internationale pénale et pénitentiaire.
GG	Grundgesetz.
IPS	Informations pénitentiaires suisses (Aarau).
JAAF	Jurisprudence des autorités administratives fédérales (Berne).
JAP	Juge de l'application des peines.
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique).
JCPP	Jurisclasseur de procédure pénale.
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne).
JO	Journal officiel de la République française (Paris).
JZ	Juristenzeitung (Tübingen).
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg).

MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Bonn).
OJF	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire.
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie (Bruxelles).
RDPenit	Rivista di diritto penitenziario (Rome).
RDPSP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger (Paris).
RDS	Revue de droit suisse (Bâle).
RDT	Revue du droit de tutelle (Zürich).
Rec. C.E.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Paris).
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique (Genève).
RIDC	Revue internationale de droit comparé (Paris).
RIDP	Revue internationale de droit pénal — AIDP (Paris).
RIDS	Revue internationale de Défense Sociale (Gênes).
RIPC	Revue internationale de politique criminelle — ONU (New York).
ROLF	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse.
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal (Paris).
RPS	Revue pénale suisse (Berne).
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Paris).
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Zürich).
SJ	Semaine judiciaire (Genève).
StGB	Strafgesetzbuch der Deutschen Bundesrepublik.
StPO	Strafprozessordnung der Deutschen Bundesrepublik.
T.A.P.	Tribunal de l'application des peines (Strafvollstreckungsgericht).
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin).

Nous vivons à une époque de rénovation et d'examen de tout ce qui touche à la répression et au système pénitentiaire (...) Ne nous effrayons donc pas des idées nouvelles ; accordons-leur au contraire nos préférences ou du moins notre attention, puisque ce n'est que dans le domaine inexploré des choses nouvelles que nous devons espérer trouver le remède aux imperfections ou aux erreurs dont nous subissons les conséquences. Exigeons seulement que ces idées nouvelles, quelque étranges, quelque opposées aux notions reçues qu'elles puissent paraître, soient toujours basées sur les principes de raison et de justice qui seuls sont immuables.

(Bonneville de Marsangy : *Traité de diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*. Paris, 1847.)

INTRODUCTION

I. INTRODUCTION.

Il serait inexact de présenter la participation judiciaire à l'application des sanctions pénales comme une institution nouvelle, et naïf d'en attendre le remède aux maux dont souffre aujourd'hui l'application de la justice pénale. Cette participation qui tend à assurer, dans le respect de la personne humaine, la protection sociale au-delà d'un châtement simplement expiatoire et l'amélioration du délinquant au-delà de la rétribution, constitue un maillon dans l'évolution qui a conduit le droit pénal de la vengeance expiatoire au traitement des délinquants. Elle est en effet l'héritière de ce vaste mouvement d'individualisation néo-classique, né lui-même des idées libérales et humanitaires du XIX^e siècle, comme de l'Ecole pénitentiaire franco-belge, que jalonnent la suppression des peines perpétuelles par le code pénal français de 1791¹, l'abolition des peines fixes par le code pénal français de 1810 et le code bavaois de 1813, l'introduction successive, en France des circonstances atténuantes (1824 et 1832), des peines alternatives et des peines parallèles (pour les délits politiques, en 1830 et 1848), la reconnaissance législative de la libération préparatoire ou conditionnelle pour les mineurs, par la loi française du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus², puis pour les adultes par la loi de 1885, enfin l'introduction du sursis par les lois belge (1888) et française (1891), et la relégation (1885). Et c'est cette dernière mesure, fondée sur une présomption légale d'incorrigibilité, qui caractérise le mieux la conception de l'individualisation au XIX^e siècle, « enserrée dans un cadre légal étroit »³, et épuisée par le jugement de condamnation.

¹ R. Garraud : *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (op. cit.), p. 443.

² Idem, p. 465. « Les jeunes détenus des colonies pénitentiaires peuvent obtenir à titre d'épreuve et sous des conditions déterminées par un règlement d'administration publique, d'être placés provisoirement hors de la colonie » (art. 9).

³ M. Ancel : *L'évolution de la notion d'individualisation*, RPS 1959 (Mélanges O.A. Germann), p. 191.

D'autres institutions, nées de la pratique pénitentiaire, tel le système progressif appliqué dès 1820 en Angleterre et la célèbre expérience des sentences indéterminée de Brockway au Réformatoire d'Elmira⁴ vont ouvrir les voies à une nouvelle individualisation qui tiendra compte de la personnalité du délinquant « saisie dans son évolution au cours de l'exécution de la peine »⁵. Puis l'Ecole positiviste, en provoquant l'irruption de la personnalité dans le droit pénal, accélérera encore l'organisation rationnelle d'institutions pénales destinées à la fois à la prévention du crime et à la protection de la société.

Dès 1880, les postulats classiques sont donc ébranlés par l'étude du « crime chez le criminel » : la punition en proportion exacte de la faute morale est une fiction qui interdit notamment de lutter contre le fléau de la récidive, dont on ne cesse de constater la progression : « l'inefficacité de la peine au triple point de vue de la correction, de l'intimidation et de l'exemple, ressort chaque jour davantage des indications de la statistique », affirmait en France, le Garde des Sceaux en 1885.

C'est la négation du libre arbitre par Ferri, et « la substitution du concept dangereux à celui de responsabilité comme critère de la réaction judiciaire » par Garofalo⁶ qui vont orienter, dès lors, les propositions législatives vers des solutions nouvelles, « faisant une large place à la prévention du crime, d'abord en luttant contre les conditions sociales qui favorisent la criminalité (substituts de la peine) »⁷, puis, en cas de délit, à la prévention de la récidive par des mesures de sûreté dont les objectifs sont la neutralisation ou la guérison du délinquant. D'autres auteurs, tel Prins, proposent la prolongation de la peine ou des peines complémentaires destinées à certaines catégories de criminels reconnus dangereux.

C'est ainsi que de l'individualisation classique, strictement mesurée dans le prononcé de la sanction pénale, le droit pénal passera à l'individualisation dynamique, qui tient compte de l'évolution du condamné. Ce qui conduira Ferri à affirmer qu'« aucune sentence criminelle ne doit être irrévocable (...), elle doit être périodiquement et méthodiquement revisable »⁸.

⁴ Barnes/Teeters : *New Horizons in Criminology*, 2^e éd. New-York 1951, p. 519 et ss.

⁵ M. Ancel : *L'évolution* (op. cit.), p. 194.

⁶ J. Pinatel : *Histoire des idées relatives à la responsabilité pénale et à l'état dangereux*, in *Estudios penales* (Hommage à J. Pereda), Bilbao 1965, p. 546.

⁷ M. Ancel : *La Défense sociale nouvelle* (op. cit.), p. 85.

⁸ E. Ferri : *La justice pénale*, Paris 1898, p. 75. Cf. également F. Exner : *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914, p. 144.

Certains ont vu dans la primauté ainsi accordée à la « défense sociale » une menace pour les droits individuels, mais ils ont méconnu l'importance que Ferri, Garofalo et Prins attachaient à la rénovation de la justice pénale par la nomination de magistrats spécialisés et la suppression de l'institution « baroque du jury », afin d'assurer des garanties efficaces de protection pour la liberté individuelle. Pourtant il est vrai que les conséquences institutionnelles de l'application des peines et mesures de durée indéterminée n'ont pas toujours été étudiées avec soin; et c'est l'un des mérites de l'avant-projet du code pénal suisse de Stooss (1893) d'avoir prévu et clairement défini une autorité spécialisée ordonnant puis contrôlant l'application des mesures de sûreté⁹.

Au seuil du xx^e siècle, il est théoriquement acquis que des décisions relatives aux sanctions pénales peuvent considérablement modifier les dispositions du jugement de condamnation dans deux perspectives distinctes : l'individualisation et la neutralisation. La flexibilité du système pénal et pénitentiaire apparaît de plus en plus comme une condition même de son efficacité. L'idée de traitement, ayant pour but la « resocialisation » du criminel, s'impose. De médical qu'il fut à l'origine, le traitement évolue et prend une dimension socio-éducative : il acquiert une spécificité pénale, car il a pour but l'amélioration des tendances réactionnelles, le perfectionnement des aptitudes, le renouvellement des motivations et la modification des attitudes¹⁰. Il entraîne une démythification de la condamnation pénale, présuppose une grande souplesse et exige des garanties de technicité. L'individualisation de la sanction pénale se réalise par décisions successives, ce qui entraîne la création d'organismes spéciaux chargés de son contrôle, telles les commissions belges de défense sociale, les commissions administratives des pays scandinaves et l'Adult Authority aux Etats-Unis¹¹.

« La sanction choisie par le juge n'est qu'une partie, ou si l'on préfère un moment, dans un processus mouvant de resocialisation, qui dépasse à la fois une appréciation quantitative de l'acte et une définition de la personnalité appelée à servir de support à la sanction prononcée. Le traitement lui-même devient à son tour un élément même de la personnalité du délinquant. Une telle conception suppose évidemment une mobilité toujours possible de la sanction, c'est-à-dire sa modification éventuelle »¹².

⁹ C. Stooss : *op. cit.*, ad art. 40 et p. 79.

¹⁰ J. Pinatel : *La criminologie*, Paris 1960, p. 187.

¹¹ M. Ancel : *De la vengeance expiatoire au traitement des délinquants*, in *L'évolution du droit criminel contemporain* (Recueil d'études à la mémoire de J. Lebreton), Paris 1968, p. 9.

¹² M. Ancel : *L'évolution* (op. cit.), p. 198.

Il faudra pourtant attendre le lendemain de la deuxième guerre mondiale et les profondes réformes pénitentiaires alors entreprises, pour que réapparaisse l'un des piliers de l'individualisation néo-classique : la légalité, expression parfaite d'un équilibre entre les droits de l'individu et ceux de la société. La légalité de la répression, qui s'impose du premier moment où celle-ci s'exerce jusqu'à l'achèvement de l'application de la peine¹³, va fournir une impulsion nouvelle à la notion de traitement en même temps qu'elle va en tracer les limites.

L'humanisme social né de la Déclaration des droits de l'homme, de même que le mouvement, il est vrai assez imprécis, de défense sociale vont s'attacher à soumettre la pénalité, jusqu'à son épuisement, à la légalité¹⁴. « Les garanties juridiques sont complétées par une garantie judiciaire : la direction de l'exécution du traitement appartient à un juge »¹⁵ ; la condamnation pénale est alors le premier acte de la communauté visant à respecter les droits du délinquant tout au long du traitement, de la réintégration, de la socialisation.

« L'évolution, qui va de la vengeance à la rétribution, et de la rétribution au traitement, s'accompagne chaque fois (...) d'une prise en considération des droits de l'homme et de la fixation précise des limites de l'action étatique anticriminelle. La mise en œuvre des méthodes de traitement pénitentiaire renouvelle ces vieilles questions, dont la solution ne peut trouver place que dans une conception générale de la politique criminelle dominant à la fois le droit pénal, l'administration de la justice et le régime d'exécution des sanction »¹⁶.

Depuis un demi-siècle les événements se sont donc précipités, rapprochant nettement le monde judiciaire du monde pénitentiaire. Des modifications administratives, tel le rattachement de l'administration pénitentiaire au Ministère de la justice en France¹⁷, de nombreux projets de loi affirmant le principe de la légalité des peines et mesures en Allemagne¹⁸, la création successive du juge de surveillance italien, du tribunal pén-

¹³ G. Levasseur : *Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité*, in Problèmes contemporains de procédure pénale (Mélanges L. Huguéney), Paris 1964, p. 15.

¹⁴ *Programme minimum de la Société internationale de défense sociale*, RSC 1954, p. 807, de même que certaines recommandations votées au Congrès international de Défense Sociale à Anvers (1954), in RIDS 1954 N° 1-2, p. 20 : « Toute décision finale sur la nature et la durée de la mesure, et en général toute nouvelle privation ou restriction de la liberté individuelle doit dépendre du juge ou d'un organisme présentant les mêmes garanties constitutionnelles. »

¹⁵ J. Pinatel : *La Société criminogène*, Paris 1971, p. 269.

¹⁶ M. Ancel : *De la vengeance expiatoire* (op. cit.), p. 11.

¹⁷ Cf. RPDP 1911, p. 626.

¹⁸ Müller-Dietz : *Strafvollzugsgesetzgebung* (op. cit.), p. 17 et ss.

tentiaire portugais, du juge de l'application des peines français et du tribunal pénitentiaire polonais illustrent une tendance aujourd'hui très marquée : le droit et la justice dominent également l'application de la sanction pénale qui requiert, comme la recherche de la culpabilité, l'intime conviction d'un arbitre, le juge, et appelle des règles nouvelles, calquées, par respect pour les libertés individuelles et la légalité, sur celles du procès pénal traditionnel.

II. DONNÉES HISTORIQUES.

Les quelques pays qui connaissent actuellement le contrôle judiciaire (participation d'un tribunal ou d'un juge) dans l'application des sanctions pénales, présentent tous, quant à l'évolution législative de ce sujet, un intérêt incontestable ; mais il est impossible d'en faire exhaustivement l'analyse. Aussi deux pays retiendront-ils avant tout notre attention, car ils ont suivi l'un et l'autre une voie très caractéristique. Nous y ajouterons quelques brèves données concernant les législations italienne, portugaise et polonaise.

La réglementation légale de l'exécution des peines est un vieux rêve en Allemagne, comme la participation du juge à l'exécution des peines en France. Bien que ces deux problèmes soient complémentaires au point de paraître indissolublement liés, ils ont longtemps été dissociés. Ce fut en Allemagne une revendication législative constante, associée au souci d'une application uniforme, et en France une panacée trop souvent invoquée pour résoudre les problèmes pénitentiaires. Juste retour des choses, l'évolution actuelle tend à convaincre les uns et les autres de l'étroite dépendance des deux institutions, l'Allemagne se tournant résolument vers le contrôle judiciaire, aujourd'hui intégré à ses projets de réglementation légale des sanctions pénales, et la France en tirant les conséquences d'une participation judiciaire imposée à une application des peines non systématiquement et légalement réglée.

A. Allemagne.

Avec le XIX^e siècle déjà naissent en Allemagne les critiques contre l'arbitraire administratif dans l'exécution des peines. Des auteurs tels que C.M. Hirzel (1826), K.J.A. Mittermaier (1860) et F. v. Holzendorf (1861)¹

¹ On trouvera dans Müller-Dietz : *Strafvollzugsgesetzgebung* (op. cit.), p. 2-3, les références les plus marquantes des ouvrages et articles écrits par ces auteurs.

s'attachent déjà à relever la nécessité de dispositions légales détaillées destinées à assurer l'unité du droit pénal jusque dans son exécution et son application.

L'unification des Etats du Nord et l'attribution à la Confédération de la compétence législative en matière pénale, ont encore activé les préoccupations pénitentiaires et dès 1875, les propositions de loi se multiplient. Travaux parlementaires et travaux de praticiens permettent d'aboutir, en 1879, à un projet de loi sur l'application des peines privatives de liberté², suivi d'un autre en 1892³. Mais ces projets ne font que renforcer les positions respectives de leurs partisans et adversaires : d'un côté, l'on invoque l'unification nécessaire de l'application des peines, de l'autre, les obstacles dus à la répartition des compétences entre Etats et Confédération. Enfin les querelles quant au système pénitentiaire proprement dit obscurcissent encore le débat.

Avec les années, de nouvelles objections viennent convaincre les adversaires d'une législation pénitentiaire. Le code pénal de 1871 doit être revu, estiment les praticiens, et cette réforme est plus urgente, à leurs yeux, que la réglementation légale de l'exécution des peines⁴. Dès lors, le sort des problèmes législatifs pénaux et pénitentiaires est intimement lié⁵. Pourtant, leur histoire est symptomatique des hésitations de la doctrine, des praticiens et du législateur.

En 1925 un nouveau projet de code pénal est établi, suivi, deux ans plus tard, d'un projet de loi sur l'application des peines. Ces textes contiennent à la fois des dispositions sur la peine privative de liberté, les sanctions non privatives de liberté et les mesures ; de même, l'introduction d'une juridiction de l'application des peines y est prévue⁶. La fonction éducative de la peine (*Erziehungsgedanke*) et les garanties légales dont doit bénéficier le détenu, sont les idées maîtresses de ce projet.

² « *Entwurf eines Gesetzes über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen.* » Texte intégral in : *Materialien zur Strafrechtsreform*, Vol. VI, Bonn 1954.

³ « *Gesetzesentwurf, betr. den Vollzug der Haft- und Gefängnisstrafen* » du député von Bar (1892).

⁴ On constatera plus loin que certains auteurs sont aujourd'hui d'un avis opposé et soulignent que la réforme des peines et de leurs principes précède celle du droit pénal de fond.

⁵ On ne saurait omettre de citer ici l'événement de doctrine que marquent les travaux de Freudenthal : « Seit der berühmten Frankfurter Rektoratsrede, die Berthold Freudenthal am 3. November 1909 über « *Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen* » gehalten hat, sind Gehalt und Gestalt des Vollzuges in immer breiterem Ausmass unter juristischen Gesichtspunkten erörtert worden. » H. Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 15.

⁶ Sur l'ensemble du projet : Frede/Grünhut : *Reform des Strafvollzuges* (*op. cit.*).

Dès 1945, de nombreux Länder édictent des ordonnances administratives sur l'exécution des peines. L'unité du droit, l'égalité et les principes du « Rechtsstaat » justifient plus que jamais une loi fédérale d'exécution des peines. La mise sur pied d'une révision du code pénal semble devoir entraîner la réforme de l'exécution des peines. Mais déjà des voix dissidentes se font entendre, proclamant qu'il ne se justifie de faire une réforme pénale que si l'on commence par une réforme de l'exécution et l'établissement d'un projet de loi y relatif ⁷.

D'ailleurs, même après les travaux législatifs du projet de 1962, puis la publication du projet alternatif de 1966, cette opinion se maintient dans la doctrine ⁸ : il demeure essentiel d'établir un certain nombre d'objectifs, ainsi que les moyens utilisés pour y accéder, avant même de refaire le code pénal. La politique criminelle moderne ne se trouve plus confinée dans le code pénal mais bien dans l'exécution des sanctions pénales, d'où la nécessité de légiférer d'abord dans ce domaine pour ensuite faire dépendre le code pénal des options choisies pour son exécution.

Dans le but d'unifier les règles administratives de l'exécution des peines, une ordonnance fédérale fut promulguée en 1961 ⁹. Pourtant fondée sur des notions de doctrine tout à fait sûres, mais nouvelles, son caractère juridique fit l'objet de longues disputes ¹⁰, voire de sérieuses critiques.

Malgré la pauvreté des principes concernant l'exécution des peines dans le projet de code pénal allemand de 1962, celui-ci marque tout de même un pas décisif, « une innovation capitale pour la politique criminelle » ¹¹ en établissant le tribunal de l'application des peines (Vollstreckungsgericht). Le contrôle judiciaire est pour la première fois intégré dans le droit pénal de fond, ce qui peut surprendre et paraît heurter la logique habituelle d'un système pénal essentiellement dogmatique. Il est d'ailleurs vraisemblable que c'est cette irruption, quelque peu étrange dans un code pénal, qui a motivé le réexamen de l'ensemble des dispo-

⁷ Eb. Schmidt notamment, cité par Müller-Dietz : *Strafvollzugsgesetzgebung* (op. cit.), p. 25. J. Baumann : *Die Reform des Strafvollzuges*. Die Deutsche Strafrechtsreform, München 1967, p. 105.

⁸ J. Baumann : *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?* (coll. : Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Francfort 1968). « Man muss zuerst wissen, was man Kriminalpolitisch erreichen will, welche Mittel (Strafen und Massnahmen) man dazu einsetzen kann, wie diese Mittel aussehen — erst dann kann man die Rechtsfolgen in ein System bringen, erst dann kann man ein StGB schaffen » (p. 20).

⁹ *Dienst- und Vollzugsordnung von 1.12. 1961.*

¹⁰ Sur la nature juridique de cette ordonnance, cf. notamment Schüler-Springorum : op. cit., p. 70 et K. Tiedemann : op. cit., p. 54.

¹¹ E. Tröndle : *Le rôle du tribunal dans l'application des peines*. RIDP 1970, p. 412.

sitions concernant l'exécution des peines, en conséquence duquel le contrôle judiciaire a été déplacé du code pénal dans la loi sur l'exécution des sanctions pénales.

Le projet alternatif de 1966 suit la tradition établie par certains projets du début de ce siècle. Comme eux, il contient dispositions et prescriptions sur l'application des peines : son article 37¹² définit le but de la peine, affirmant ainsi qu'un code pénal doit contenir des dispositions fondamentales sur l'exécution de ses sanctions.

La commission nommée en 1967 pour établir un projet de loi d'application des peines se rapprocha en de nombreux points des conceptions du projet alternatif de 1966, ce que certains auteurs avaient espéré et prévu¹³. Ses travaux se sont terminés en février 1971 et le projet¹⁴ constitue une somme extrêmement cohérente de dispositions générales et spéciales qui vont à tous égards bien au-delà des règles que le projet de 1962 consacrait au tribunal de l'application des peines.

Cette évolution, qui met en évidence les incertitudes entourant le statut de l'exécution pénale, est marquée d'étapes décisives, qui permettent toutefois de relever que les revendications essentielles de la pratique comme de la doctrine, ont porté avant tout sur la légalité et, subsidiairement, sur

¹² Art. 37 AE : Ziel des Vollzuges der Strafe

1) Ziel des Vollzuges ist es, die Wiedereingliederung des Verurteilten in die Rechtsgemeinschaft zu fördern.

2) Im Vollzug ist der Verurteilte auf seine Selbstverantwortung anzusprechen. Soweit es die Persönlichkeit des Verurteilten zulässt, ist der Vollzug aufzulockern. Die Beziehungen des Verurteilten zur Aussenwelt sind zu fördern, soweit sie dem Vollzugsziel dienen.

¹³ C. Roxin : *Strafzweck und Strafrechtsreform* (coll. : Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt 1968) : « Die Strafvollzugskommission, die der Bundesjustizminister jetzt gerade einberufen hat, wird ihre Arbeit nicht am Regierungsentwurf orientieren können, sondern sich an die Grundsätze des AE halten müssen, wenn die verfahrenre Situation unseres Strafvollzuges wirklich gebessert werden soll » (p. 87).

¹⁴ (Kommissions) *Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung — Strafvollzugsgesetz — 1971.*

Il existe plusieurs versions de ce projet mentionnées avec quelques données historiques par R. Schmitt : *Der Alternativ-Entwurf eines Vollzugsgesetzes zu den mit der Gefangenenarbeit verbundenen Fragen*, JZ 1972, p. 305, soit :

— Le texte sus-cité, ou « *Kommissionsentwurf* » (KE)

— Un « *Referentenentwurf* » (RefE)

— Un « *Regierungsentwurf* » (RegE)

— Un « *Kabinettsentwurf* » (KabE).

Enfin, un groupe de travail, composé de professeurs de droit pénal allemands et suisses, a publié un « *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes* » (op. cit.).

le contrôle judiciaire : les textes les plus importants (projets de 1927, de 1962 et, finalement, le projet de loi d'exécution de 1971) l'ont parfaitement démontré.

B. France.

Au moment où l'on discutait en Allemagne, pour des raisons de légalité et d'égalité, les pouvoirs de l'administration dans le domaine de l'exécution des peines, on discutait ces mêmes pouvoirs en France pour des raisons d'humanité. « Conseils charitables » et « commissions de surveillance » furent créés en 1810 et 1819 déjà, auxquels devaient participer les magistrats de l'ordre judiciaire et dont le but était de « rendre plus humain le traitement des malheureux prisonniers, pour éviter l'arbitraire tracassier des gardiens subalternes »¹⁵. Ce qui resta lettre morte, une enquête parlementaire révélant, en 1872, que ces commissions n'existaient pas ; malgré ce constat, on ne leur en accorda pas moins un droit de préavis en matière de libération conditionnelle (1885), dans l'espoir, vite déçu¹⁶, de ressusciter ainsi leur cadavre.

La loi du 27 mai 1885 sur la relégation semble offrir le premier exemple d'intervention judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales. En effet, le relégué peut introduire, devant le tribunal de la localité où il réside et ceci après 6 ans, « une demande tendant à le faire relever de la relégation en justifiant de sa bonne conduite, des services rendus et des moyens d'existence » (art. 16)¹⁷. Il est significatif que ce soit d'abord à propos d'une mesure de durée indéterminée qu'une forme effective de participation judiciaire ait été admise. Devant tenir compte d'éléments d'appréciation tels que la conduite du relégué, le tribunal peut ensuite modifier en conséquence le statut légal de celui-ci.

Sur le plan institutionnel, la situation de l'administration pénitentiaire, dépendant du Ministère de l'Intérieur, fut longtemps critiquée par ceux qui espéraient voir les magistrats s'intéresser « davantage que les fonctionnaires à l'amendement du prisonnier »¹⁸ et cherchaient à obtenir le rattachement de l'administration pénitentiaire au Ministère de la Justice,

¹⁵ Ordonnance du 9 avril 1819 créant les commissions de surveillance. Cité par R. Simonnet : *op. cit.*, p. 42.

¹⁶ « Ignorez-vous donc (...) que les Commissions de surveillance n'existent que de nom, qu'elles ne se réunissent que très rarement, que les avis qu'elles émettent ne sont que bien rarement délibérés. » M. Godefroy : *Le rattachement des prisons à la Justice* (discussion). RPDP, 1911, p. 769.

¹⁷ Cette intervention est citée notamment par J. Turquet de Beauregard : *op. cit.*, et par R. Vienne : *op. cit.* Voir également : Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 211.

¹⁸ Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 164.

afin de convertir l'exécution pénale, jusque là purement administrative, en un acte de justice dans lequel il semblait souhaitable que les juges intervinssent activement¹⁹. Certains auteurs ont également relevé combien cette dichotomie avait été préjudiciable aux connaissances de la magistrature pénale sur l'inefficacité des peines prononcées²⁰. Des considérations, ou mieux des espérances budgétaires, ont également pesé dans la décision qui fut finalement prise, le 20 mars 1911 : l'administration pénitentiaire fut rattachée au Ministère de la Justice.

Avec J. Turquet de Beauregard, nous pouvons d'ailleurs relever que « les changements opérés n'ont guère eu d'importance ». Et il faut attendre 1932 pour que se manifestent à nouveau certaines velléités en faveur d'une participation accrue du magistrat à l'exécution des peines : le magistral rapport de Barrigue de Montvallon à la Société Générale des Prisons²¹ suscita un vaste débat au cours duquel les multiples aspects du rôle du magistrat dans l'exécution des peines furent étudiés et critiqués. Oeuvre de doctrine certes, mais qui éveilla un écho considérable²² chez nombre de praticiens, et même chez le législateur aux prises avec la révision du code pénal, ce rapport et le débat qui le suivit révélèrent que chacun comptait bien davantage sur le magistrat et son prestige que sur la loi pour garantir la liberté individuelle en cours d'exécution pénale²³. « Aucune mesure relative à l'exécution de la peine ne sera prise sans avoir fait l'objet d'un examen et d'un débat, ce qui implique, pour le condamné, la possibilité de présenter une requête qui sera discutée, et de produire ses explications et ses moyens de défense (décision judiciaire) »²⁴. L'ensemble des situations juridiques qui doivent permettre l'intervention du magistrat en cours d'exécution ne sont néanmoins pas systématiquement étudiées. A l'exception peut-être de la libération conditionnelle, qui semble rallier

¹⁹ R. Simonnet : *op. cit.*, p. 120-121.

²⁰ « Les magistrats, n'ayant pas à se préoccuper des prisons, se sont complètement désintéressés de l'exécution des peines. Beaucoup ne savent point comment elles sont subies ; presque tous ignorent l'effet qu'elles peuvent produire. » E. Garçon : *Le rattachement des prisons à la Justice* (discussion). RPDP 1911, p. 641.

²¹ Barrigue de Montvallon : *op. cit.*, p. 170.

²² On ne saurait sous-estimer les répercussions d'un tel débat et, en 1934 déjà, lorsque est étudié à la Chambre des députés le projet de loi portant refonte du code pénal, son exposé des motifs est clair : « Il convient que les magistrats soient chargés de surveiller les effets de la peine et d'y apporter, le cas échéant, certaines modifications » (document cité, p. 4). D'ailleurs, la libération conditionnelle y est confiée à l'autorité judiciaire (art. 61). Les événements politiques n'ont point permis à ce projet d'aboutir.

²³ « Il n'y a de liberté assurée que là où existe un grand pouvoir judiciaire » (Barrigue de Montvallon, *op. cit.*, p. 193).

²⁴ Barrigue de Montvallon : *op. cit.*, p. 172.

une certaine majorité favorable à une décision d'octroi judiciaire et non plus administrative, on en reste de préférence à des propositions très générales et souvent quelque peu abstraites²⁵. D'autre part, l'unanimité est loin d'être faite sur des décisions telles que les mesures disciplinaires.

Dès 1945, les questions pénitentiaires sont au centre des préoccupations pénales françaises, et l'expérience de la captivité de certains hauts magistrats²⁶ n'est pas étrangère à l'établissement d'un programme minimum de réforme, en quatorze points, présenté en 1946 au Conseil supérieur de l'administration pénitentiaire²⁷. Reprenant alors les idées émises depuis quelques dizaines d'années, l'un des points du programme prévoit de charger un magistrat de l'exécution des peines, avec notamment le pouvoir d'ordonner le transfert du condamné dans un établissement d'un autre type et de prononcer l'admission aux étapes successives du régime progressif²⁸. Cette création prétorienne engage rapidement la pratique pénitentiaire et judiciaire dans le pragmatisme le plus large. Car s'il est exact de dire que le juge, nouveau venu d'importance, « constitue l'aboutissement d'une évolution doctrinale et d'un courant d'idées suscité par la transformation des conditions d'exécution des peines privatives de liberté »²⁹, il n'en demeure pas moins qu'il prend une difficile position dans un monde administratif nullement prêt à abandonner ses prérogatives, ni même à les partager avec lui.

Dès lors, les expériences les plus diverses seront tentées sous l'impulsion de ce juge³⁰, bien qu'il ne figure dans aucun texte législatif, — au point que certains ont qualifié son existence de « confidentielle »³¹ —,

²⁵ « L'autorité judiciaire doit avoir l'entière et exclusive direction de l'exécution morale, juridique et sociale de la peine, toute mesure relative à cette exécution devant comporter une décision judiciaire » (Barrigue de Montvallou : *op. cit.*, p. 177).

²⁶ P. Cannat : *La genèse du juge de l'application des peines*. RPDP 1967, p. 21, particulièrement p. 25.

²⁷ Le texte du programme de réforme est cité intégralement par Ch. Germain : *op. cit.*, p. 22, note 10. Sur l'ensemble de la réforme : P. Amor : *La réforme pénitentiaire en France*. RSC 1947, p. 1 (sur le juge de l'exécution des peines : p. 28 et ss.). Ch. Germain : *Les nouvelles tendances du système pénitentiaire français*. RSC 1954, p. 38 et A. Touren : *Dix ans de réforme pénitentiaire*. RPDP 1956, p. 415.

²⁸ Sur le rôle de ce juge : P. Cannat : *La réforme pénitentiaire* (*op. cit.*), p. 184 et ss., 195 et 242, note 2 et P. Amor : *Le système pénitentiaire de la France*, in Hugueney/Donnedieu de Vabres/Ancel : *op. cit.*, Vol. I, p. 155.

²⁹ Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 191.

³⁰ Ces expériences sont citées notamment par J. Malherbes : *Le juge de l'application des peines*. RSC 1959, p. 635.

³¹ Stefani/Levasseur : *op. cit.*, p. 295 et ss.

expériences dont les résultats seront progressivement pris en considération par le législateur ³².

Un décret du 1^{er} avril 1952 crée le comité d'assistance aux libérés conditionnels, présidé par un magistrat. Puis une loi du 18 mars 1955 fait dépendre le patronnage des interdits de séjour de ce même comité. Des lois ou projets de lois ³³ se sont référés aux expériences pénitenciaires et ont fait, du magistrat, cet arbitre indispensable entre les nécessités sociales et la liberté individuelle ; cette tendance est marquée avant tout dans des domaines où les multiples techniques employées, tant au niveau de l'expertise que du traitement, imposent le recours à un arbitrage qu'un juge est, plus que tout autre, qualifié pour faire. Et c'est ainsi que s'édifie un statut, d'ailleurs très discuté et en marge de normes dont l'établissement aurait dû précéder la domination judiciaire sur l'exécution des peines ³⁴.

Il faudra néanmoins attendre l'achèvement, en 1958, des travaux de la troisième commission d'études pénales législatives pour que la loi consacre l'existence du juge, non plus de l'exécution des peines, comme certains règlements de prison l'avaient dénommé, mais de l'application des peines. Il prend place dans le Livre V du Code de procédure pénale ³⁵, que certains n'ont pas hésité à qualifier de véritable code pénitentiaire moderne ³⁶. Les partisans d'une trilogie des codes (procédure, droit pénal et exécution) trouveront peut-être l'expression excessive, car, s'il constitue un cadre juridique de l'action pénitentiaire, c'est un cadre relativement restreint, pour ne pas dire minimum, et au demeurant peu systématique, car l'exécution des peines et les compétences du juge de l'application des peines se répartissent très inégalement, dans la loi, les règlements et les décrets.

³² Une tentative, prématurée, de consacrer législativement le juge de l'exécution des peines doit être signalée. En 1949, un projet de code de procédure pénale avait en effet prévu, en son article 562 al. 2, le magistrat, tel que défini par le programme de réforme de 1945. Cf. J. Magnol : *De quelques dispositions du projet de révision du code français d'instruction criminelle en matière d'exécution des peines* : Studi in memoria di A. Rocco, Vol. II, p. 153. Cf. également RSC 1949, p. 433, 617 et 796.

³³ Ch. Germain (*op. cit.*, p. 69 et ss.) mentionne la loi du 15.4.1954 sur les alcooliques dangereux pour autrui, et les avant-projets de loi sur les délinquants anormaux, sur les délinquants d'habitude et sur les jeunes adultes.

³⁴ Ce qui est reconnu par quelques auteurs. Cf. R. Lhez : *L'application de la peine privative de liberté et la participation du magistrat*, RSC 1958, p. 655.

³⁵ M. Ancel fournit les raisons de ce choix in : *Réflexions sur le code de procédure pénale de 1958*. Annales de l'Université de Liège, 1961, p. 157.

³⁶ J.B. Herzog : *La réforme des institutions pénales et pénitenciaires*. RIDP 1959, p. 96.

Le juge de l'application des peines n'est plus la seule institution concrétisant les options nouvelles choisies par le législateur français. Le sursis avec mise à l'épreuve, et certaines autres institutions assouplies permettent, dès le jugement, d'individualiser le traitement, tel que l'entend la pénologie moderne, « traitement fondé sur la connaissance de l'homme, qui entend utiliser ses possibilités personnelles, et qui se doit, non seulement pour être utile mais, dans cette perspective nouvelle, pour être légitime, de respecter cette personnalité »³⁷. Et ce juge décide de l'individualisation, de l'humanisation et de la socialisation dans le cadre des sanctions pénales.

L'évolution est loin d'être achevée. Douze ans de pratique « légale » ont d'ailleurs déjà permis d'améliorer le système. En 1970, d'importantes modifications de procédure pénale sont intervenues qui renforcent l'autonomie du juge de l'application des peines (sans reconnaître son indépendance) et élargissent l'inventaire des mesures dont il dispose³⁸. Une multiplication des juges de l'application des peines est prévue (art. 721 nouveau), « le maintien de la situation antérieure n'étant du reste plus compatible avec l'augmentation des tâches du juge de l'application des peines par la loi de 1970 »³⁹. Le champ d'application du sursis avec mise à l'épreuve est étendu, et le juge dispose de sanctions en cas de manquements aux mesures et obligations⁴⁰. Enfin, le recours au tribunal correctionnel est clairement réglé et s'inscrit maintenant dans un système relativement cohérent.

C. *Italie, Portugal et Pologne.*

Pour caractéristique et instructive que puisse être l'évolution législative en France et en Allemagne, elle ne doit pas faire oublier les législations italienne et portugaise, qui ont toutes deux prévu, de façon différente, la participation des magistrats à l'exécution des peines et mesures, à une époque où les autres législations européennes l'ignoraient encore.

³⁷ M. Ancel : *op. cit.* Annales de Liège, p. 157 et ss.

³⁸ J. Pradel : *Les dispositions de la loi du 17.7.1970 sur l'exécution des peines*. J.C.P. 1971, XXVI, p. 183. J.-J. Fransès-Magre : *Commentaire de la loi du 17.7.1970* (dispositions relatives à l'application des peines). RPDP 1971, p. 323 et 523. X. Nicot : *Les dispositions de la loi du 17.7.1970 relatives au régime des peines*. RSC 1971, p. 621.

³⁹ J. Pradel : *op. cit.*, p. 183.

⁴⁰ J.-J. Fransès-Magre : *Le manquement à une mesure ou à une obligation relative au régime de la mise à l'épreuve constitue-t-il une infraction pénale ?* RSC 1971, p. 649.

Profondément marquée par l'Ecole positiviste, qui avait affirmé vigoureusement la nécessité de la sentence indéterminée, à laquelle s'associait logiquement un organe destiné à en contrôler l'exécution⁴⁰, l'Italie institue en 1930 un système complet de mesures de sûreté et la surveillance judiciaire de l'exécution des peines privatives de liberté. Le Garde des Sceaux Rocco explique clairement, dans l'exposé des motifs, la raison d'être de cette surveillance : « La nécessité de conférer au juge la surveillance de l'exécution de la peine est de plus en plus apparue dans la pratique pénitentiaire comme une condition indispensable afin que la peine, tout en conservant son but immédiat de sanction, devienne un instrument de rééducation et d'amendement. »⁴¹ Le législateur veut donc créer un « nouvel organe juridictionnel », volonté qui s'exprime aussi dans le règlement pénitentiaire de 1931, décrivant de manière précise et détaillée des solutions, non point absolument nouvelles, mais déjà connues, « afin de les soustraire à l'instabilité de la pratique administrative »⁴². Le législateur avait alors fait preuve de clairvoyance en précisant la nature multiple des fonctions du juge de surveillance : il cumule, écrit-il dans l'exposé des motifs, « les fonctions de juge, d'administrateur et de bon père de famille »⁴³. Reconnaissons d'ailleurs que, comme pour d'autres institutions intervenant actuellement dans l'exécution des peines avec le statut de magistrat, et nonobstant les décisions d'importance que peut prendre le juge de surveillance italien, certains auteurs lui contestent quelque peu sa qualification d'organe judiciaire⁴⁴. Il demeure que « les Italiens ont été les premiers à donner à un magistrat de l'ordre judiciaire un rôle particulier dans les prisons »⁴⁵.

Convaincu qu'une bonne organisation de la peine constitue un excellent moyen de lutter contre la criminalité, le Portugal a entrepris, en 1936, une profonde réforme pénitentiaire, dont les éléments essentiels sont d'une part la sélection des détenus et la classification des établissements⁴⁶, et d'autre part l'introduction de la prolongation de la peine, dans le but de continuer l'action resocialisante jusqu'à l'obtention d'un amendement suffisant. L'introduction de cette dernière « mesure » a sans aucun doute

⁴⁰ E. Ferri : *La sociologie criminelle*, Paris, 1905, p. 560 et ss.

⁴¹ Cité par M. de Casabianca : *Le nouveau code pénal italien*, RPDP 1930, p. 411.

⁴² R. Vozzi (Rivista di Diritto penitenziario, 1932 N° 6), cité par L. Bélym : *Le système pénitentiaire italien*, RDPC 1934, p. 159.

⁴³ P. de Casabianca : *Le Code pénal du Royaume d'Italie*, Paris 1932, p. 21.

⁴⁴ C. de Briey : *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵ P. Cannat : *Les apports du droit comparé au droit pénitentiaire*. Un siècle de droit comparé en France, Paris 1969, p. 310.

⁴⁶ P. Cannat : *Le système pénitentiaire du Portugal*, in Hugueney/Donnedieu de Vabres/Ancel (*op. cit.*), Vol. I, p. 287.

joué un rôle déterminant dans la création, en 1944, d'un contrôle judiciaire dans l'exécution des peines et mesures ⁴⁷. Le tribunal de l'exécution des peines intervient donc, non dans l'exécution au sens strict, mais pour prolonger, modifier ou étendre l'effet des peines et mesures de sûreté privatives de liberté, et statue de façon complémentaire en tenant compte avant tout de l'état dangereux du condamné ou de son amendement ⁴⁸. L'organisation de ces tribunaux est composée de deux degrés : un juge unique décide en première instance, et les recours sont adressés à un tribunal collégial. On reconnaît dans cette constitution l'embryon d'une véritable juridiction pénitentiaire ⁴⁹, dépouillée de toutes tâches administratives, de surveillance ou de contrôle.

C'est finalement la Pologne qui, par la mise en vigueur simultanée de ses trois codes (procédure pénale, droit pénal et exécution des peines), le 1^{er} janvier 1970, marque d'un événement important l'histoire législative de l'exécution pénale. Cette trilogie, presque symbolique, doit être remarquée, elle qui fut longtemps l'espoir de E. Rappaport. Bornons-nous à relever ici qu'il s'agit, en fait et en droit, de l'introduction du premier code pénitentiaire digne de ce nom. Son titre exact est « Code pénal exécutif », mais il doit bien davantage être considéré comme un code d'exécution des peines. Son texte contraint les organes judiciaires à « suivre le procès d'exécution » ⁵⁰ en respectant la situation juridique du condamné, telle que déterminée par ce code. En fait, des juges pénitentiaires aux attributions administratives existaient depuis 1957 ⁵¹, mais cette réglementation n'était que provisoire. Depuis 1970, le juge et le tribunal pénitentiaires sont dotés d'un statut juridictionnel découlant directement de la reconnaissance explicite des droits du condamné (art. 48), ce qui constitue le franchissement d'une étape décisive.

⁴⁷ H.-H. Jescheck : *Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme allemande et portugaise*, Coimbra 1966, p. 28.

⁴⁸ J. Beleza dos Santos : *op. cit.*, p. 403.

⁴⁹ L'intérêt d'une telle juridiction est rapporté en France par P. Cannat : *Esquisse d'une juridiction pénitentiaire*. RPDP 1947, p. 153.

⁵⁰ S. Plawski : *Le code de procédure pénale et le code d'exécution des peines*. RSC 1970, p. 319.

⁵¹ G. Sliwowski : *Sadowy Nadzor Penitencjarny* (*op. cit.*), p. 403.

III. LIMITES ET CONTRAINTES.

Un sujet aussi vaste, qui touche de très près et si profondément aux bases mêmes du système pénal et à ses institutions, doit être délimité, et certaines questions ne pourront être résolues qu'en fonction des théories, doctrines et solutions concernant directement le sujet principal, à savoir l'exécution des sanctions pénales.

Peut-être convient-il également de relever que si les contours d'un tel problème ne sont pas nettement dessinés, ses concepts ne le sont pas davantage et la terminologie qui s'y rattache, en usage depuis plusieurs dizaines d'années, n'a pas encore atteint un degré de fixité suffisant. Il conviendra donc de définir liminairement, ou dès leur premier emploi, certains termes dont nous essayerons de déterminer le sens aussi parfaitement que possible.

Nos recherches se situent dans le cadre des procédures dites continentales actuellement en vigueur, à l'exclusion des systèmes anglo-saxons. Cette précision est nécessaire afin de justifier l'exclusion d'un certain nombre de problèmes connexes, d'ailleurs évoqués fréquemment à propos de l'exécution pénale.

L'étude est donc confinée dans un système judiciaire et procédural composé d'une juridiction (collégiale ou à juge unique) chargée des condamnations pénales (contraventions, délits et crimes). Cette juridiction épuise, par son activité, le litige provoqué par l'infraction, statue sur la culpabilité et décide de la sanction, de sa nature, de sa durée. Elle dispose pour ce faire de textes légaux (code pénal) prévoyant un éventail de sanctions allant de l'amende à la mesure de sûreté. Ses condamnations sont prises de façon immédiate, et les décisions concernant la culpabilité et la sanction se suivent dans le temps, sans que leurs processus d'élaboration divergent. Elles se confondent d'ailleurs largement dans la notion procédurale des débats ; les dispositions concernant l'une et l'autre sont ainsi analogues dans la plupart de nos procédures. La condamnation prononcée permet enfin l'exécution.

Cette description n'est pas inutile, car nous excluons l'examen de la césure du procès pénal, césure que connaît le droit anglo-saxon et qui impose au juge pénal de statuer sur la culpabilité (conviction) avant d'obtenir les renseignements concernant la personnalité de l'auteur (casier judiciaire, expertise, observation, etc.) et de prononcer la peine (sentence). La césure est donc étroitement liée à la détermination scientifique de la sanction pénale et il se justifierait assurément d'examiner avec attention cette proposition lorsque l'on se place, comme nous le faisons, dans une

perspective utilitaire de la peine¹ ; nous renoncerons pourtant à cet examen, qui nous entraînerait trop loin : la césure stricte pose en effet de très nombreux problèmes de fond, d'abord, liés à l'expertise psychiatrique, à l'observation et au dossier de personnalité, sans même évoquer les problèmes formels et pratiques de procédure et d'organisation judiciaire, théoriquement secondaires².

D'autre part, nous n'aborderons pas les mesures prédélictuelles ou *ante delictum*, qui ressortissent à « un régime préventif discrétionnaire ou à un droit d'intervention illimité de l'Etat sur le délinquant potentiel »³. Sans doute la distinction entre le délictuel et le prédélictuel est-elle floue dans un droit pénal classique qui connaît des délits de mise en danger et mentionne l'état dangereux⁴. Pourtant nous ne saurions quitter la règle « *nulla poena sine lege* » et l'étude subséquente pose pour postulat que soient satisfaites les conditions de punissabilité. Mais les mesures de sûreté « ayant le délit pour occasion, mais n'ayant pas la culpabilité pour fondement et limite indispensables »⁵ seront, elles, comprises dans l'exécution des sanctions, telle que nous l'envisageons. Il en est de même pour les peines ou mesures accessoires.

On peut également constater que fréquemment certaines confusions ont été faites lorsque l'exécution des sanctions pénales est étudiée. Nous

¹ De nombreux auteurs continentaux se sont exprimés en faveur de la césure. On peut notamment consulter :

- M. Ancel : *La césure du procès pénal*. Problèmes contemporains de procédure pénale (Recueil en hommage au Prof. Hugueney), Paris 1964, p. 205.
- P. Cornil : *La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine*. RPS 1955, p. 234.
- K. Peters : in *Verhandlungen des 41 Deutschen Juristentages*. Vol. I, Tübingen 1955, p. 1-5.
- H. Dünnebie : in *Tagung für Rechtsvergleichung 1960*. ZStW, Vol. 72, p. 675.
- E. Schmidt : in *MDR 1967*, p. 877 (notamment p. 883).
- F. Grammatica : *Le procès en deux phases dans le système de défense sociale*, Rome 1969 (Communication présentée au X^e Congrès AIDP).

Sur la problématique en général : Rapports pour le X^e Congrès de l'AIDP concernant : « *La division du procès pénal en deux phases* », in RIDP 1969, N^{os} 3 et 4, et 1970, N^o 1, p. 41.

² La complexité des problèmes posés par la césure est telle que bien peu de législations l'ont adoptée. Cf. P. Cornil : *Le déclin de la césure dans le procès pénal*. Etudes en l'honneur de J. Belez dos Santos, Coimbra 1966, p. 215 et ss. Cette observation a conduit ce même auteur, d'abord partisan de la césure, à renoncer finalement à cette proposition. P. Cornil : *Rapport pour le X^e Congrès international de droit pénal* (Rome 1969) RIDP 1969, p. 461 et ss. (et notamment p. 465).

³ M. Ancel : *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., Paris 1966, p. 268.

⁴ M. Ancel : *idem*, p. 252. M. Melzer : *op. cit.*, p. 64.

⁵ P. Graven : *Les mesures de sûreté dans le droit et la jurisprudence suisses*, VIII^e Journée juridique, Genève, 1968, p. 49.

n'envisageons pas ici la détermination de la peine ni son choix, ni le pouvoir discrétionnaire du juge de la condamnation, ni non plus le contrôle juridictionnel conçu dans le cadre des voies de recours et d'appel traditionnelles. Il n'est peut-être pas inutile de reprendre la distinction clairement mise en évidence par Saleilles pour déterminer l'exécution des sanctions pénales et donc délimiter notre sujet. Après l'individualisation légale, œuvre du législateur, puis l'individualisation judiciaire, appliquée par le juge, il détermine l'individualisation administrative⁶, ensemble des méthodes et traitements pénitentiaires mis en œuvre par l'administration. Seule cette dernière individualisation, qu'il faut encore qualifier d'administrative, et longtemps considérée comme appartenant « plus à l'art pénitentiaire qu'aux institutions juridiques »⁷, est la phase d'exécution des sanctions pénales que précisément nous désirons soumettre aux principes généraux du droit pénal, telle la légalité.

Il est enfin certain qu'on ne peut concevoir, en l'état actuel du recrutement courant de la magistrature (élections populaires ou indirectes, cooptation, carrière) l'irruption du pouvoir judiciaire dans l'exécution des peines. Cette réforme du rôle du juge est trop importante pour que de nombreux auteurs n'aient pas manqué de le relever. Ainsi peut-on citer Vienne en exemple qui a étudié l'intervention du juge dans l'exécution de la peine et y a associé une réflexion approfondie sur la spécialisation du juge pénal⁸. De nombreuses remarques faites lors des débats du dernier Congrès international de droit pénal en témoignent également⁹. De toute évidence, il s'agit là d'un remaniement de la justice pénale à provoquer ou que pourrait susciter la participation de magistrats à l'exécution des peines.

Une fois encore, nous ne pourrions aborder ce sujet, qui ressortit d'ailleurs davantage à l'organisation judiciaire et aux principes politiques qu'au droit pénal et à la procédure pénale.

⁶ R. Saleilles : *op. cit.*, p. 268.

⁷ R. Vouin et J. Léauté : *op. cit.*, p. 145.

⁸ R. Vienne : *op. cit.*

⁹ Conclusions dudit Congrès, RIDP 1970, 3^e question, ch. 5, al. 2, p. 12 : « Les responsabilités de la justice pénale requièrent que l'organisation judiciaire donne au juge qui les porte une formation lui permettant de les assumer. »

Dans le même sens déjà, voir résolutions du Congrès de Berlin, 1935. Actes, Vol. I b, p. 43, ch. 3.

PREMIÈRE PARTIE

LES FONDEMENTS DE LA PARTICIPATION DU JUGE
À L'APPLICATION DES SANCTIONS PÉNALES

CHAPITRE PREMIER

STATUT ET AUTONOMIE DE L'EXÉCUTION PÉNALE

Protégée par la sacro-sainte doctrine de la séparation des pouvoirs, l'application de la peine reste exécutive jusqu'à la fin du XIX^e siècle sans que ce statut administratif lui soit contesté¹. L'Ecole éclectique française elle-même ne fait que consacrer mieux encore les trois phases de l'individualisation de la peine². Nombre d'auteurs approuvent ou du moins acceptent ce statut qui ne confère aucun droit au condamné et l'abandonne à l'arbitraire administratif dès sa condamnation³.

Il faut attendre le début de ce siècle pour que se développent différentes théories qui tentent toutes de rattacher l'exécution et l'application des peines à des domaines juridiques déjà définis (droit public, droit pénal ou procédure pénale, droit administratif).

1. ALLEMAGNE.

Premier des auteurs allemands à affirmer la complexité des droits et obligations réciproques liant l'Etat au prisonnier, Wahlberg⁴ devait imprimer à la doctrine allemande un mouvement irréversible qui a mené à la constatation que l'exécution pénale ne constitue pas une simple catégorie des branches traditionnelles du droit.

Puis Freudenthal devait affirmer, quelques années plus tard, que la situation du condamné ne peut échapper à l'ordre juridique et que, comme telle, elle ressortit au droit public⁵. En effet, l'application des sanctions

¹ Quelques exceptions ont été rappelées, notamment dans le développement historique de la législation allemande (cf. Introduction II).

² R. Saleilles : *op. cit.*, p. 203, 207 et 268 ; P. Cuhe : *op. cit.*, p. 16, 28, 32 et ss.

³ K. Krohne : *Lehrbuch der Gefängniskunde*, Stuttgart 1885, p. 346. O. Mayer : *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strasbourg 1886, p. 322.

⁴ Wahlberg : *Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege*, 1869, p. 251.

⁵ B. Freudenthal : *Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts* (op. cit.), p. 222.

pénales est fondée sur des relations juridiques entre l'individu et l'Etat, de même nature que celle du droit pénal, alors reconnu de droit public. Ses dispositions déterminent infractions et sanctions de façon détaillée et constituent des normes précises, qui s'imposent à l'Etat et à l'individu, quelle que soit par ailleurs la situation (en liberté ou détenu) de ce dernier. Le droit pénal a érigé un système complet de limites aux atteintes infligées aux condamnés et sa mission est alors de garantir une sphère de droits qui ne peuvent être lésés par la condamnation pénale.

Le rattachement du droit pénal au droit public n'est d'ailleurs pas simplement organique et justifié exclusivement par le fait que son expression est réservée aux organes de l'Etat ; il est matériel et a pour fondement la constatation que le droit pénal arrête, pour des circonstances d'exception, la situation de certains individus face à la puissance publique de l'Etat⁶. Pourtant, toutes les conséquences de ce rattachement n'ont pas été tirées, constate Freudenthal, qui estime dès lors très insuffisants les textes pénaux déterminant la situation juridique du condamné. C'est donc un loi d'application qui s'impose⁷, reflet des principes fondamentaux du droit public étendu à l'exécution pénale, texte qui devrait mettre en évidence une nette limite entre la liberté individuelle et le pouvoir public⁸. Les principes de l'état de droit doivent, en ce domaine nouveau comme en d'autres, faire barrage à la libre appréciation des autorités administratives, sous la forme d'un contrôle ou d'une surveillance exercés par les autorités judiciaires. Freudenthal en tire de multiples conséquences pratiques et admet que l'exécution pénale doit exclure les peines corporelles et infamantes, qu'elle ne doit pas entraîner de conséquences économiques durant son exécution, et en tout cas se limiter au patrimoine du condamné⁹.

Quelques années plus tard, lorsque paraît le projet allemand de loi sur l'exécution pénale de 1927, Grünhut développe la thèse de Freudenthal en soulignant d'abord les contradictions qui existent entre la protection juridique de l'accusé, garantie et mise en œuvre par les institutions de procédure pénale et de droit de fond, et l'absence totale de réglementation dès le jugement¹⁰. D'autre part, et plus encore que Freudenthal,

⁶ K. Tiedemann (*op. cit.*, p. 37) y voit les conséquences des travaux de Jellinek notamment.

⁷ B. Freudenthal : *Der Strafvollzug* (*op. cit.*), p. 233.

⁸ B. Freudenthal : *Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat* (*op. cit.*), p. 502.

⁹ B. Freudenthal : *ZStW 1911* (*op. cit.*), p. 241.

¹⁰ M. Grünhut : *Rechtliche Garantien im Strafvollzug* (Frede/Grünhut, *op. cit.*), p. 17. Cette même idée se retrouve chez de nombreux auteurs. Pour la France, notamment : J. Henrotte : *Le droit subjectif du détenu à la réparation des accidents du travail pénal*, RPDP 1951, p. 70.

Grünhut insiste sur les justifications et les buts de la peine. « Die Strafe ist Erziehung oder sie hat überhaupt keine Existenzberechtigung »¹¹. La peine ne peut remplir ses fonctions éducatives que dans un système de droits accordés selon des principes clairement établis¹². Faire du prisonnier non plus un objet de l'administration, mais un sujet de droit, semble résumer cette volonté non de maintenir un système d'obligations réglementaires, mais de reconnaître des droits en faveur du condamné.

L'exécution pénale doit s'appuyer sur des textes légaux dont l'effet psychologique, dit Grünhut, sera d'élever, dans l'esprit des autorités pénales et pénitentiaires, l'exécution pénale d'un rang administratif subalterne à une activité judiciaire reconnue¹³.

Malgré l'opinion de ces quelques auteurs, l'exécution pénale reste consignée dans de simples ordonnances administratives, conséquence d'une théorie de droit public, dite du rapport de sujétion particulière (*Besonderes Gewaltverhältnis*), élaborée par P. Laband¹⁴, selon laquelle, dans certaines situations particulières (fonctionnaires, militaires, étudiants et écoliers), il se crée entre l'Etat et l'individu des rapports très étroits, spécialement lors de l'utilisation d'établissements publics. C'est à un tel rapport que le condamné est soumis dans l'exécution de la peine.

Cette théorie, qui supplanta celle de Freudenthal à partir du moment où l'on s'accorda à voir dans l'établissement pénitentiaire un établissement public¹⁵, va longtemps entraver la rédaction d'une loi concernant l'exécution pénale. En effet, tous les auteurs, qui vont dès lors invoquer le rapport de sujétion particulière¹⁶, soutiennent qu'il n'est pas concevable d'établir des droits fondamentaux alors que, précisément, le rapport de sujétion les limite ou les restreint dans l'intérêt exclusif de la sécurité et du bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire. Le but de l'exécution est, pour ces mêmes auteurs, suffisant, alors qu'un simple examen démontre que l'unanimité n'est point réunie sur sa finalité !¹⁷

¹¹ M. Liepmann : *Der Strafvollzug als Erziehungsaufgabe*, in Frede/Grünhut (op. cit.), p. 7.

¹² M. Grünhut : *idem*, p. 21. Et du même auteur : « Under a prison system which makes his adjustment and rehabilitation the principal aim, the prisoner would cease to be a mere subject of a minutely regulated regime and become a person with duties and rights. » M. Grünhut : *Penal Reform*, Oxford 1948, p. 116.

¹³ M. Grünhut : *Rechtliche Garantien* (Frede/Grünhut, op. cit.), p. 20.

¹⁴ P. Laband : *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5^e éd., Tübingen 1911/1914, t. I, p. 432 et ss.

¹⁵ Dans ce sens déjà, M. Grünhut : (Frede/Grünhut), *op. cit.*, p. 18. Sur cette question : K. Tiedemann : *op. cit.*, p. 92.

¹⁶ H. Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 42.

¹⁷ *Idem*, p. 42.

La mainmise d'une doctrine administrative sur l'exécution des peines reste inébranlable et malgré l'entrée en vigueur de la loi fondamentale (Grundgesetz) en 1949 et le rétablissement de la légalité (formelle et matérielle), les voies de droit ouvertes par ce texte¹⁸, dont la compétence est attribuée aux tribunaux ordinaires, soit aux tribunaux pénaux pour les mesures de l'administration pénitentiaire, ne suffisent point à détacher la protection des droits du condamné des notions administratives¹⁹.

Les conflits de compétence entre tribunaux pénaux et tribunaux administratifs n'ont fait qu'aviver le débat : les mesures de l'administration pénitentiaire, qui affectent des droits fondamentaux, ont des incidences juridiques qui rendent le simple recours administratif inacceptable. D'autre part, les problèmes de l'exécution pénale sont, à l'évidence, plus familiers au juge pénal qu'aux juridictions administratives²⁰.

L'insuffisance, voire l'incompétence matérielle du principe administratif, est définitivement reconnue en 1960 par l'organisation d'une protection légale du détenu. En application de l'art. 25 al. 1 de la loi d'introduction à la loi sur l'organisation judiciaire (EGGVG), les chambres criminelles (instances d'appel) reçoivent les plaintes concernant les mesures prises dans le domaine de l'exécution des peines. Le recours, qui peut tendre à l'annulation des actes de l'administration pénitentiaire (Anfechtungsklage) ou à l'exécution d'un acte refusé (Verpflichtungsklage), n'est évidemment pas ouvert contre toutes les mesures prises par l'administration pénitentiaire, mais seulement contre celles qui touchent aux droits individuels reconnus par une loi ou une ordonnance.

Comme le fait remarquer Tiedemann, la participation active et directe du juge à l'application des peines reste une notion étrangère au droit allemand²¹. Mais le contrôle offert par cette nouvelle voie de droit se fonde sur une conception juridique extrême du recours, et sur une cognition attribuée à une juridiction élevée (Oberlandesgerichte) ; ce qui représente de nombreux inconvénients, dont les principaux sont la surcharge des tribunaux supérieurs et le risque de décisions méconnaissant les conditions pénitentiaires, et compliquant ainsi les tâches de l'administration²². Sur ses effets pratiques, les avis sont très partagés²³. Pour

¹⁸ Art. 19 al. 4 GG.

¹⁹ K. Tiedemann : *La protection des droits des détenus*, RSC 1962, p. 489.

²⁰ H. Röhl : *Der Rechtsschutz des Gefangenen*, JZ 1954, p. 68.

²¹ K. Tiedemann : *op. cit.*, p. 193.

²² H. Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 20.

²³ K. Tiedemann constate que cette nouvelle voie de recours n'a pas amené d'antagonisme particulier au sein des établissements pénitentiaires (*op. cit.*, p. 193). Selon Schüler-Springorum, 90 % environ des recours sont rejetés (*op. cit.*, p. 20, note 80).

Württemberg, et malgré l'art. 23 EGGVG, le condamné reste un « Rechtsobjekt » et l'établissement pénitentiaire un « rechts- und gesetzesfreier Raum » ²⁴.

Quant à la conception administrative du rapport de sujétion particulière, l'évolution actuelle du traitement pénitentiaire lui a fait perdre toute sa signification. En effet, le caractère obligatoire et autoritaire, qui en est l'essence même, le rend incompatible avec les conceptions modernes de l'exécution pénale. « Eine solche Konzeption widerspricht dem Geist der Humanen und Sozialen, der künftig das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gefangenen bestimmen soll » ²⁵.

2. FRANCE.

La reconnaissance des droits de l'homme par la déclaration de 1789 fut âprement et longuement débattue, même sur le plan constitutionnel, et il n'est dès lors pas surprenant de constater que ses principes (notamment l'art. 8) n'aient pas pu avoir d'incidences directes sur la situation du condamné. Ainsi, bien que certains auteurs, tels que Blum ²⁶ et Roux ²⁷, affirment que l'homme garde, malgré sa condamnation et la privation de liberté, ses droits de citoyen et d'homme ²⁸, l'exécution de la peine reste régie essentiellement par des prescriptions administratives. Pourtant, la situation est d'autant plus ambiguë que le Conseil d'Etat français, chargé de la juridiction administrative, s'est refusé systématiquement jusqu'en 1945 à connaître des recours sur décisions de l'administration pénitentiaire.

En droit, le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives. En fait, il se déclara incompétent, notamment « pour les mesures prises par les magistrats des parquets ou les agents des établissements pénitentiaires, ayant trait aux conditions d'exécution des peines » ²⁹, car dans le domaine civil, la procédure détermine les

²⁴ T. Würtenberger : *Die Reform des deutschen Strafvollzuges im Geiste des sozialen Rechtsstaates*. Festschrift O.A. Germann, Bern 1969, p. 316. Paris et développé par la suite ; cf. *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat* (op. cit.), p. 191 et ss et 216 et ss.

²⁵ T. Würtenberger : *Die Reform* (op. cit.), p. 320.

²⁶ E. Blum : *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 4^e éd., Paris 1909, p. 168 et 183.

²⁷ J.A. Roux : in RIDP 1931, p. 9.

²⁸ J. Perrier : *Le statut juridique du prisonnier*, Montpellier 1938.

²⁹ G. Liet-Veaux et D. Veaux : *De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire*. RDPSP 1945, p. 441, et les arrêts du Conseil d'Etat cités.

voies de recours et attribue aux tribunaux civils les mesures prises en exécution de leurs décisions. Pour le Conseil d'Etat, ces principes sont de portée générale et s'appliquent donc au droit pénal.

Peut-être, comme le suggère Tiedemann ³⁰, le Conseil d'Etat entend-il l'acte judiciaire dans une acceptation trop large, que quelques auteurs restreignent en certains domaines. Ainsi Liet-Veaux et Veaux proposent-ils de distinguer, en matière de détention préventive, deux catégories de mesures, soit celles que prend le juge d'instruction et celles que prend l'administration pénitentiaire relativement au régime de la détention. Pour ces dernières, purement administratives, le Conseil d'Etat devrait donc, juridiquement, se déclarer compétent. Cette solution aurait le mérite d'introduire certaines garanties. « L'administration du service public de la Justice doit rester conforme à la loi et, partant, soumise au contrôle de légalité du Conseil d'Etat. » ³¹

Mais on peut, comme le faisait Pinatel dès 1945, tirer différentes conséquences des décisions du Conseil d'Etat, à savoir que si l'on accepte cette notion largement comprise de l'acte judiciaire, il faut « organiser une branche particulière de justice destinée à veiller au respect du droit pénitentiaire, à son interprétation et à son application » ³².

Plus encore que ces observations théoriques, c'est l'évolution de la notion même des droits de l'homme, au lendemain de la seconde guerre mondiale, qui provoquera une modification progressive de la jurisprudence administrative. Tant la recevabilité des recours que les décisions de fond permettent dès lors de reconnaître qu'un certain contrôle peut être exercé sur l'administration pénitentiaire. En 1948, et après quelques arrêts importants ³³, Pinatel constate que la sécurité (vie et intégrité corporelle), la santé et le droit de communiquer sont les garanties offertes au condamné et assurées par la voie d'une juridiction administrative de contrôle ³⁴.

Ces tentatives d'établir un système cohérent de protection juridique du détenu, assorti d'un contrôle, sont encore très empiriques, voire désordonnées. On peut lire par exemple qu'il existe, entre la puissance publique

³⁰ K. Tiedemann : *op. cit.*, p. 188.

³¹ G. Liet-Veaux et D. Veaux : *op. cit.*, p. 454 et 458.

³² J. Pinatel : *Précis de science pénitentiaire (op. cit.)*, p. 78.

³³ C.E. du 26.5.1944 (arrêt Serveau), Rec. C.E., p. 153. C.E. du 30.1.1948 (arrêt Bernard et Cros), Rec. C.E., p. 47. C.E. du 30.1.1948 (arrêt Toprower), Rec. C.E., p. 48.

³⁴ J. Pinatel : *La situation juridique des détenus*, RSC 1948, p. 761. K. Tiedemann apporte la précision, significative, que le Conseil d'Etat français était alors présidé par René Cassin (*Die Rechtsstellung*, *op. cit.*, p. 47).

et les condamnés, un rapport « incontestablement synallagmatique »³⁵. De telles formules ne facilitent évidemment pas l'établissement des droits fondamentaux, que l'administration pénitentiaire se doit de respecter³⁶.

C'est en 1959 seulement, par l'introduction des dispositions nouvelles du titre V du Cppfr, que seront consacrées les directives essentielles d'un traitement pénitentiaire moderne et conforme à la légalité. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la création du juge de l'application des peines : si l'on a pu dire du droit allemand qu'il était en principe opposé à la participation active du juge au traitement pénitentiaire, on doit observer que le droit français n'admet qu'avec prudence le contrôle judiciaire des actes et mesures de l'administration pénitentiaire. Le juge de l'application des peines est bien plus chef d'équipe que juge, et sa situation elle-même reste assez ambiguë : ses compétences et la pratique le démontrent. Il est magistrat mais ses compétences juridictionnelles sont, en revanche, très limitées.

3. ITALIE.

Le législateur italien a été le premier à reconnaître que « la condition juridique du condamné peut provoquer des conflits quant à l'existence même ou aux limites du droit d'exécution et aux modalités de l'exécution »³⁷. Partant de la constatation que l'existence et les limites du droit de punir peuvent engendrer des conflits entre le droit, voire l'obligation de l'Etat, d'exécuter les sanctions, et les droits du citoyen à subir l'exécution dans les limites du titre exécutoire original ou légitimement modifié, il a admis que l'un et l'autre droit étaient équivalents et pouvaient donc être soumis à un débat judiciaire. En conférant aux modalités essentielles de la peine, qui en caractérisent l'exécution, la qualité des droits publics subjectifs³⁸, il a créé (dans le code pénal et la procédure pénale) des normes juridiques totalement nouvelles, telles que l'exclusion de l'isolement cellulaire, la rémunération du travail, le placement dans un établissement spécialisé, une relative liberté personnelle, l'enseignement, les activités culturelles et récréatives, la participation aux cérémonies de sa religion, la mise à disposition d'une bibliothèque, la nourriture.

³⁵ P. Cannat : *Des rapports entre la puissance publique et les délinquants détenus*, RSC 1947, p. 280.

³⁶ J. Pinatel : RSC 1948 (*op. cit.*), p. 760.

³⁷ G. Novelli : *L'intervention du juge dans l'exécution pénale*, RIDP 1937, p. 577.

³⁸ G. Novelli : *idem*, p. 586.

Il est ainsi reconnu que l'application de la peine selon la loi peut provoquer des conflits, touchant l'existence même ou les limites du droit et les modalités de l'exécution, et appelle de ce fait la création d'une juridiction particulière, dont le but est avant tout d'adapter la condamnation aux nouvelles conditions et circonstances ³⁹.

Bien que le législateur établisse une hiérarchie discutable comprenant les droits subjectifs (*diritti soggettivi*), les intérêts légitimes (*interessi legittimi*) et les simples intérêts (*interessi indiretti*) bénéficiant de garanties inégales ⁴⁰, il n'en demeure pas moins que ces nouvelles normes, reconnues de droit subjectif, ont provoqué la création de fonctions et de juridictions spécialisées, soit le juge de l'exécution et le juge de surveillance. « Le détenu a donc, dans la prison, le pouvoir d'agir en vue de satisfaire ses droits et ses intérêts propres garantis par l'Etat. L'autorité judiciaire — étant la seule compétente — est indiquée à surveiller le respect des droits subjectifs du condamné » ⁴¹.

Trois raisons justifient, pour G. Novelli, cette conception autonome de normes et de juridictions : des raisons juridiques, fondées sur les conséquences rigoureuses de la condamnation pénale, qui doit sauvegarder les droits et les intérêts que la loi protège ; des raisons sociales, tenant à la difficulté de résoudre l'antinomie entre le caractère afflictif de la peine et l'aspiration à faire d'elle le ressort de l'amendement et de la re-socialisation ; des raisons professionnelles, enfin, qui imposent aux magistrats pénaux de suivre de près l'évolution et les effets des sanctions qu'ils prononcent.

4. UN NOUVEAU DROIT AUTONOME.

La présentation du statut de l'exécution selon ces législations conduit à quelques considérations pratiques.

Les exemples allemand et français démontrent à quelles difficultés se heurte le rattachement pur et simple de l'exécution des peines à l'ordre administratif et à ses voies de contrôle ou de recours internes, difficultés qui naissent avec l'évolution actuelle de notions générales, telles que

³⁹ G. Sliwowski : *Les pouvoirs du juge* (op. cit.) p. 91. ,

⁴⁰ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 42 et 186. Théoriquement le respect des droits subjectifs est confié au juge de l'exécution, celui des intérêts légitimes au juge de surveillance alors que les simples intérêts sont du ressort d'un recours interne de type administratif.

⁴¹ J. Moruzi : *De l'intervention de l'autorité judiciaire dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté*. RDPC 1938, p. 54.

celles des droits de l'homme, ou spéciales, comme celles du traitement pénitentiaire. Une part importante des tâches d'exécution ne peut incontestablement être accomplie que par l'administration, mais il n'est plus possible d'admettre ce que Saleilles dénommait « l'individualisation administrative ». Ces deux termes sont aujourd'hui contradictoires et ne répondent plus aux conceptions développées en droit public concernant la légalité.

Enfin, le droit pénal, qui tend à définir toujours plus précisément le but, le contenu et les modalités multiples de la peine, ne peut se satisfaire de voies de recours administratives, dont les habituels principes sont fort éloignés des objectifs nouveaux d'une politique criminelle moderne. Il n'est d'ailleurs pas impossible que l'incompétence reconnue *de jure* par certaines décisions administratives ne soit que le reflet legalisé d'une incompétence *de facto*. Ces décisions, peut-être sages, ont créé des lacunes dans le principe de légalité qu'il convient maintenant de combler de façon satisfaisante.

On peut d'autre part relever les réticences profondes du législateur à rattacher l'exécution des peines aux tribunaux pénaux de première instance. Prétexter l'importance de telles décisions pour les confier à des tribunaux de recours, comme en Allemagne, c'est, semble-t-il, tenter de dissimuler que ces réticences ont en réalité leur source dans les principes archaïques qui entourent encore la condamnation. Et c'est d'autre part une grossière simplification de l'exécution pénale que d'en réduire l'application juridique à un contrôle. L'exécution pénale comporte, en fait et en droit, des décisions qui peuvent modifier profondément le statut du condamné. Un simple contrôle, soumis à des conditions de forme et de fond relativement strictes, ne peut donc satisfaire aux exigences de l'ordre juridique.

Quant à l'organe juridico-administratif que constitue le juge français de l'application des peines, son examen révèle le déséquilibre de ses fonctions de décision et de consultation. Ce magistrat, qui prend une part active au traitement pénitentiaire, revendique peu à peu le pouvoir de prendre de nouvelles décisions, auxquelles il désire imprimer sa marque, qui n'est ni celle de l'administrateur ni celle du juge pénal. Il ne contrôle pas, il exécute aussi souvent qu'il le peut : c'est sa force et sa faiblesse.

La cohérence parfaite que semble offrir le système italien résulte indéniablement d'une reconnaissance des droits subjectifs, qui constituent l'essence même de l'exécution pénale. Le système est autonome : dépourvu de rattachement administratif ou judiciaire, au sens traditionnel, il a ses propres organes et ses propres notions.

En constatant l'insuccès des règles de rattachement à des ordres judiciaires ou administratifs établis ou la situation incertaine des organes nouveaux qui fonctionnent en l'absence de législation pénitentiaire, on est amené à proposer et exiger l'établissement de notions entièrement nouvelles. Il s'agit d'une justification organique et fonctionnelle : l'exécution des sanctions pénales requiert non plus son impérieux rattachement à l'ordre juridique actuel, mais son indépendance pour lui permettre d'élaborer aussi efficacement que possible ses lois et ses institutions.

L'idée de soumettre l'application des sanctions pénales aux dispositions légales n'est pas nouvelle. Mais par la force des choses l'objectif visé était avant tout l'administration pénitentiaire, soit la gestion exclusive des prisons, et non l'application des sanctions comme telle ⁴². Il faut attendre 1930 pour que s'affirme toujours plus la nécessité de normes dans l'application des sanctions pénales et de normes autonomes : c'est alors qu'est proposée une nouvelle codification de la législation criminelle, dont les trois divisions seraient : la procédure pénale, le droit pénal et le droit d'exécution pénale ⁴³.

En Italie, le mouvement autonomiste est très marqué : il faut reconnaître que certaines institutions du code de procédure pénale italien de 1913, consacrant la protection de droits fondamentaux du prisonnier par le recours à un juge lors d'incidents d'exécution ⁴⁴, n'y sont pas totalement étrangères. Ainsi, l'idée d'une discipline nouvelle et indépendante, consacrée à l'application des sanctions pénales, se retrouve chez de nombreux auteurs italiens ⁴⁵. L'existence d'un « droit pénitentiaire » est de plus reconnue au III^e Congrès international de droit pénal en 1933 ; il est même défini comme « l'ensemble des normes législatives qui règlent les rapports entre l'Etat et le condamné depuis le moment où la décision du juge devient exécutoire jusqu'à l'accomplissement de cette exécution,

⁴² 1^{er} Congrès international pénal et pénitentiaire (Londres 1872) : « La loi doit établir les principes de l'administration des prisons », et II^e Congrès international pénal et pénitentiaire (Stockholm 1878) : « L'administration pénitentiaire doit avoir un certain pouvoir discrétionnaire dans les limites déterminées par la loi », in N.K. Teeters : *op. cit.*, p. 30 et 43.

⁴³ E.S. Rappaport : *Le nouveau système de codification de la législation criminelle*. RIDP 1930, p. 34 et ss.

⁴⁴ Cette disposition a été intégralement reprise dans le Cppit de 1930 à l'art. 628, qui stipule que « le juge qui a délibéré l'adoption d'une mesure est compétent pour statuer en chambre du conseil par ordonnance sur tous les incidents ayant trait à l'exécution de cette mesure ».

⁴⁵ G.F. Falchi : *Diritto Penitenziario*, Padoue 1935. G. Novelli : *L'autonomia del diritto penitenziario*, RDPenit 1933, p. 5. V. Manzini : *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. III, Turin 1950, p. 43.

dans le sens le plus large »⁴⁶. Par souci de réalisme, ce droit y fut alors reconnu en phase d'élaboration. Aujourd'hui, sa notion même l'est encore ; nous trouvons en effet des conceptions très diverses de ce droit pénitentiaire, souvent par trop restrictives.

Pour F. Clerc, par exemple, « des considérations tirées du traitement pénitentiaire incitent l'administration à reconnaître au détenu l'exercice de certains droits, dans les limites de l'établissement. Nous sommes alors en présence moins de droits que de privilèges, qui peuvent être restreints ou supprimés dans la mesure où le prisonnier ne s'en rend plus digne. En dernière analyse, le droit pénitentiaire se préoccupe des droits du détenu, au sein de la prison, pour autant qu'il est nécessaire de les régler pour la bonne marche de l'établissement »⁴⁷. Définition qui pêche par excès de prudence sur deux plans : il n'est question que de l'application des sanctions pénitentiaires et, d'autre part, la réserve formulée quant à la nécessité de ce droit est une soumission inconditionnelle, et donc inacceptable, à l'ordre interne de l'établissement.

Schmelck et Picca utilisent la notion de droit pénitentiaire sans la définir, mais en indiquant qu'il s'agit d'une discipline complémentaire au droit pénal et qui s'intègre dans le code de procédure pénale⁴⁸. Cette déclaration doit être considérée comme une constatation de l'état du droit en France, plus que comme une pétition de principe à laquelle d'ailleurs nous ne saurions nous rallier.

Certains auteurs allemands, favorables à un statut autonome du droit de l'application des sanctions pénales (Vollzugsrecht)⁴⁹, considèrent plus justement qu'il s'agit d'une discipline particulière, aux tâches spécifiques, s'occupant avant tout du comportement humain, de la réintégration sociale, et chargée de déterminer le statut juridique de l'Etat, de ses institutions et des « administrés » pendant la privation ou la restriction de liberté⁵⁰.

Ce droit doit être autonome, non seulement du droit pénal général et de la procédure, mais aussi de tout l'appareil administratif pénitentiaire traditionnel ; on ne saurait en effet, sans un contresens évident, le res-

⁴⁶ Actes dudit (*op. cit.*), p. 958.

⁴⁷ F. Clerc : *Les droits des détenus* (*op. cit.*), p. 35.

⁴⁸ Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 40. D'autre part les raisons qui ont justifié l'introduction des dispositions sur l'application des peines dans le Cppfr sont présentées par M. Ancel (*Réflexions sur le Cppfr de 1958*. Annales de l'Université de Liège 1961, p. 157), qui reconnaît le pragmatisme de ce choix fondé d'abord sur l'urgence d'une mise en vigueur de dispositions dans ce domaine.

⁴⁹ Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 39.

⁵⁰ K. Peters : *Strafprozess* (*op. cit.*), p. 602 et H. Rossi : *Les nouvelles orientations pénitentiaires en Allemagne fédérale*. RPDP 1972, p. 31.

treindre aux peines privatives de liberté exécutées en milieu pénitentiaire, à l'heure où les réformes pénales s'orientent vers une lutte contre ce genre de sanctions. Il doit être également consacré aux peines et mesures restrictives de droits et à leur application, et ne peut donc plus être qualifié de pénitentiaire.

On ne saurait non plus le baptiser, avec Rappaport, « droit d'exécution pénale », alors que la France, par exemple, confie une partie toujours plus importante de ce droit au juge de l'application des peines. Ce serait en effet entretenir une confusion regrettable entre deux notions qui doivent être nettement distinguées : l'exécution des sanctions pénales, confiée traditionnellement au ministère public⁵¹, et leur application, domaine jusque là réservé à l'administration pénitentiaire⁵².

Ces diverses raisons commandent de rechercher une terminologie nouvelle, évitant à la fois l'hypothèque « pénitentiaire » et la confusion actuelle des qualifications de ce droit. La traduction française du nouveau code pénal polonais, dit « exécutif », pourrait inciter à parler de *droit pénal exécutif*, mais il faut rappeler qu'« exécutif » ne peut être qu'« actif », et qu'un droit, par définition normatif, ne peut être qu'exécuté, appliqué (passif). Nous proposons donc de choisir une appellation claire, sans référence ni aux traditionnelles fonctions de la peine (pénitence), ni à sa traditionnelle application (en prison), et de qualifier ce droit de *sanctionnel*, en renvoyant aux définitions classiques de la sanction, « conséquence de la conformité ou de la non-conformité de l'acte aux valeurs exprimées par la règle »⁵³ ou « toute peine ou tout avantage, soit établis par les hommes ou par Dieu, soit résultant du cours naturel des choses, et qui sont provoqués par une certaine manière d'agir »⁵⁴.

⁵¹ « Le ministère public et les parties poursuivent l'exécution de la sentence chacun en ce qui le concerne » (art. 707 Cppfr).

⁵² Il n'est peut-être pas inutile d'ajouter que la terminologie allemande qualifie le juge de l'application des peines français de « Vollstreckungsrichter », alors qu'il n'intervient qu'après la clôture de la procédure d'exécution (Vollstreckungsverfahren). Müller-Dietz : *Strafvollzugsgesetzgebung* (op. cit.), p. 55. K. Peters : *Strafprozess* (op. cit.), p. 455.

⁵³ A. Cuvillier : *Précis de philosophie*, Paris 1965, Vol. II, p. 326.

⁵⁴ A. Lalande, cité par P. Robert : *Dictionnaire de la langue française*, Vol. VI, cf. Sanction. On retiendra avant tout de cette définition qu'elle attribue à la sanction une valeur négative (peine) ou positive (avantage). Ce que confirme encore le *Larousse du XX^e siècle* (Vol. VI, cf. Sanction). Le mot sanction « a désigné les différentes peines dont est frappé un individu, ou les récompenses qui lui sont attribuées en tant qu'il désobéit ou obéit à une loi, ou bien en raison du caractère nuisible ou bienfaisant de ses actes ».

Le droit sanctionnel est donc la branche du droit qui a pour objet la mise en œuvre des sanctions pénales (peines et mesures) ⁵⁵, conformément à l'ordre juridique constitutionnel et aux dispositions légales spéciales qui régissent leur fonction, leur durée, leur mutabilité et les moyens d'action qui leur sont consacrés (procédure, institution judiciaire de participation ou de contrôle, etc.).

⁵⁵ Les sanctions criminelles comprennent en effet peines et mesures, et cette dénomination, utilisée dans ce sens notamment par Merle/Vitu (*op. cit.*, p. 499 et ss) a le double avantage d'imposer une terminologie qui s'affranchit de la pénalité et tend à unifier peines et mesures.

CHAPITRE II

JUSTIFICATIONS THÉORIQUES PARTIELLES

INTRODUCTION.

Le contrôle et la participation judiciaires à l'exécution des sanctions pénales ont cheminé parallèlement dans la doctrine et la loi, de sorte qu'il est souvent difficile d'attribuer aux auteurs ou au législateur la paternité d'une solution; ceux-là semblent néanmoins avoir suivi celui-ci, et cette chronologie a peut-être pesé sur la majorité des justifications théoriques de l'institution. Ces dernières ont néanmoins leur intérêt, car elles ont à la fois expliqué des textes et contribué au développement de règles encore très embryonnaires. Aussi certaines de ces justifications méritent-elles d'être mentionnées. Bien que leurs postulats soient parfois divergents, elles ont des éléments communs, qu'il convient d'analyser et qui facilitent, par la suite, la mise en évidence de leur point de rencontre : la légalité, non plus exclusivement limitée à la procédure et au droit de fond, s'impose dès après le jugement, comme durant l'instruction et lors de la condamnation.

C'est ainsi que les travaux de doctrine ont permis de consacrer plus sûrement encore des institutions mal acceptées par l'organisation séculaire des autorités judiciaires et administratives. Car il faut bien reconnaître qu'en imposant au procès pénal une nouvelle échéance, qui n'est plus celle de la condamnation, mais de la socialisation, en prolongeant en quelque sorte le mandat de contrôle et de surveillance de l'autorité judiciaire, le législateur le plus novateur ne peut supprimer d'un trait de plume les conflits que suscite précisément l'affrontement des caractères contradictoires que connaît aujourd'hui la sanction pénale.

Certaines théories, directement inspirées de la participation judiciaire à l'exécution pénale, ou l'ayant suscitée, pourraient donc paraître fragmentaires ou parcellaires. Ce reproche ne serait pourtant fondé que s'il n'était pas justement rappelé à leur sujet que toutes sont proches parentes

de la fonction d'amendement de la peine, qui a « largement contribué à donner une signification nouvelle à la condamnation »¹ et, plus encore, à l'exécution pénale.

5. CONTINUITÉ DE JURIDICTION.

Etant admis que la fixation judiciaire de la peine n'est plus le dernier acte de la répression, mais une étape dans un processus complexe qui se déroule encore au-delà du jugement, il suit évidemment que les phases successives de l'exécution et de l'application des sanctions pénales ne peuvent comporter des divisions résultant de la conception particulière que chaque autorité se fait des objectifs de la répression. Les impératifs qui dictent le jugement pénal ne peuvent être ignorés lors de son application ; les principes qui le sous-tendent doivent rester cohérents de la condamnation à la fin de la peine, car « la peine est une opération continue, se développant dans la même intention qui l'a décidée, poursuivant un but qui a été précisé au moment où la décision a été prise »².

L'idée n'est pas nouvelle et résulte partiellement de l'infiltration progressive de l'élément légal, et subséquemment juridictionnel, dans la phase exécutive. Mais son postulat repose avant tout sur l'exigence d'une discipline unique de la répression, encore trop marquée d'étapes distinctes qui se caractérisent par la vengeance, l'expiation, l'intimidation et l'amendement, sans que soient résolus les problèmes que posent la hiérarchie ou la conciliation de ces fonctions³.

A. Gautier, déjà, dénonce « comme un des grands vices de la pénalité d'aujourd'hui la séparation entre le prononcé de la peine et son exécution. La logique veut que l'autorité, à laquelle seule jusqu'ici incombait le soin de mesurer la peine, ait, elle aussi, son mot à dire dans le nouveau mode de détermination »⁴. Cette observation relative aux peines indéterminées, telles qu'elles étaient conçues à la fin du XIX^e siècle, garde toute sa valeur face à l'exécution actuelle des peines.

Ferri exprime, lui aussi, l'avis qu'il doit y avoir continuité et solidarité entre les différentes fonctions pratiques de défense sociale, depuis la police judiciaire jusqu'à la sentence et son exécution⁵.

¹ Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 190.

² Barrigue de Montvallon : *op. cit.*, p. 174.

³ A. Gayraud : *La coercition dans l'exécution des peines*. RPDP 1968, p. 82 : « En l'état actuel de l'opinion publique et de la législation, le dualisme des finalités de la peine, à la fois châtimement et traitement, présente au plan du réel des gênes réciproques, engendre des conflits. »

⁴ A. Gautier : *op. cit.*, p. 35.

⁵ E. Ferri : *op. cit.*, p. 492.

Pour Sliowski, « les éléments constitutifs de la pénalité (...) ne peuvent être constatés, ni définis, ni déterminés qu'après un certain temps, qu'au cours d'une certaine période » ⁶ ; l'élément légal apparaît ainsi dans l'application de la peine et commande donc, en concours avec l'exigence d'une continuité de juridiction, la participation judiciaire dans l'application des peines. Ce même auteur discernera plus tard, dans la création française du juge de l'application des peines, la reconnaissance du lien organique unissant la fonction juridictionnelle et la fonction exécutive ; « l'institution souligne, par sa dénomination, l'idée d'une continuité de juridiction : celle du jugement et celle de l'exécution, car toutes deux peuvent au point de vue logique et juridique être censée appliquer les peines » ⁷.

6. L'IMPRÉVISION.

Certains auteurs, tels Sliowski ⁸, n'ont pas hésité à invoquer la théorie de l'imprévision pour justifier les modifications postérieures à la condamnation et l'application de décisions portant atteinte aux dispositions prises lors du jugement, ceci dans le cadre de l'exécution pénale. Transposant ces notions reçues en droit civil et administratif, cet auteur estime que l'imprévision a pénétré le droit pénal et l'administration pénitentiaire par le biais de deux types de sanctions, déjà considérablement modifiées par rapport aux notions classiques de la peine, soit par les mesures visant d'une part les mineurs et, d'autre part les condamnés incorrigibles, corrompus ou socialement inadaptables.

Certes les conditions d'application de la peine peuvent être considérablement modifiées par des facteurs imprévisibles au moment de la condamnation, mais ces facteurs, individuels, subjectifs et très relatifs donnent naissance à des situations qui n'ont rien d'exceptionnel. En effet la peine est toujours une mesure individuelle, dont les juges qui la prononcent ne peuvent jamais prévoir exactement les effets. Cette incertitude est inhérente à toute condamnation et impose donc, très généralement, la plus grande souplesse dans l'exécution, du moins si l'on admet que la peine ne peut être efficace à moins d'être constamment et rapidement adaptée à chaque condamné. En outre, si l'on se rappelle d'une part que les perturbations doivent être extérieures et ne pas dépendre des parties

⁶ G. Sliowski : *Les pouvoirs du juge* (op. cit.), p. 93.

⁷ G. Sliowski : *Les dispositions concernant le contrôle judiciaire de l'exécution des peines en droit pénal français*. Problèmes contemporains de procédure pénale (Mélanges Hugueney), Paris, 1964, p. 275.

⁸ G. Sliowski : *Les pouvoirs du juge* (op. cit.), p. 16.

en cause (ici le condamné), que d'autre part l'imprévisibilité doit être absolue, les conditions de l'imprévision ne semblent pas remplies dans ce domaine, d'abord parce qu'il s'agit des modifications (plus ou moins voulues et décidées) du comportement d'un individu, ensuite parce que l'imprévisibilité est évidemment relative, l'exécution pénale ayant précisément pour objectif essentiel de transformer certaines attitudes et d'obtenir un comportement différent.

Vouloir dès lors lui appliquer une théorie, par ailleurs exceptionnelle et rarement admise dans les autres branches du droit, nous paraît singulièrement dangereux et porte gravement atteinte à l'autonomie du droit pénal.

7. INCIDENT D'EXÉCUTION, STATUT LÉGAL ET DROITS SUBJECTIFS.

Les théories de l'incident d'exécution, du statut légal et des droits subjectifs, considérées par Sliowski en 1939 comme les bases juridiques de l'intervention du juge dans l'exécution des peines et mesures, seront évoquées en rapport avec l'évolution générale des conceptions sur la condition juridique du condamné, les droits subjectifs et la légalité criminelle, qui méritent un examen approfondi (cf. chap. III, IV et V ci-après).

8. CRITIQUE DES JUSTIFICATIONS PARTIELLES.

Certaines des théories précédentes ont eu leur utilité, car elles ont contribué à faire admettre le bien-fondé de décisions nouvelles mettant en échec la fixité et l'immutabilité de la peine ; mais elles se rattachent à des principes du droit civil, administratif, public et constitutionnel et leur origine étrangère au droit pénal fait aussi leur faiblesse. Ne vaut-il pas mieux reconnaître que le droit pénal, et avec lui les concepts fondamentaux régissant la sanction, peuvent évoluer de façon autonome ?

D'autres théories cautionnent une évolution déjà très avancée.

C'est la loi du 14 août 1885 qui introduisit en France la libération conditionnelle, puis ce fut le sursis par la loi Béranger de 1891 ; « au moment où cette évolution fut accomplie, l'ancien principe de la fixité et de la rigidité de la sentence pénale sombre complètement »⁹. Or, la théorie du statut légal de Freudenthal date de 1910¹⁰, son extension par

⁹ G. Sliowski : *Les pouvoirs du juge* (op. cit.), p. 18.

¹⁰ H. Müller-Dietz : *Strafvollzugsgesetzgebung* (op. cit.), p. 15.

Grünhut de 1927¹¹, les incidents d'exécution de Novelli de 1933¹², enfin celle des droits subjectifs de Falchi de 1935¹³. Nous préférons donc admettre que fut déterminante avant tout l'évolution générale du droit pénal, plus spécialement la prise en considération de l'auteur et non plus du fait criminel. Ce qui a pour conséquence une conception indépendante des sanctions pénales et de leur application, auxquelles s'imposent d'une part un statut juridique du condamné conforme aux droits de l'homme et d'autre part le principe de la légalité¹⁴.

¹¹ Frede/Grünhut : *op. cit.*, p. 17.

¹² G. Novelli : *Autonomia di Diritto penitenziario*, Rome 1933.

¹³ G.F. Falchi : *I diritti suggestivi della persona detenuta*, Scuola Positiva 1935, p. 1 et ss.

¹⁴ J. Graven : *La limitation du droit de punir de l'Etat par les droits de l'homme*, RDPC 1952-53, p. 447 (et not., p. 451).

CHAPITRE III

LA CONDITION JURIDIQUE DU CONDAMNÉ

INTRODUCTION.

La condition juridique du condamné est directement liée au contrôle et à la participation judiciaire à l'exécution et l'application des sanctions pénales. Toutefois, le sens de cette relation n'est pas encore unanimement reconnu et fait l'objet de vives controverses entre pragmatiques et doctrinaires. Nous avons déjà relevé combien était importante, dans ce domaine, l'évolution des conceptions pénales, et plus précisément du traitement pénitentiaire. Mais les réformes sont nées de besoins pratiques, de nécessités urgentes et non toujours d'une analyse juridique préalable et approfondie des problèmes et de leur solution. Ainsi Ancel, par exemple, considère-t-il la participation du juge à l'application des peines comme le point de départ d'une conception moderne des droits du condamné¹, alors que d'autres tiennent l'édification d'un système cohérent de droits et l'établissement de règles de rattachement juridiques claires et précises pour une condition préalable à l'étude d'un organe juridictionnel compétent en matière d'exécution et d'application des sanctions pénales.

Nous tenterons ici de mettre en évidence ces règles de rattachement, avant d'examiner les conséquences qui en découlent.

9. LE DROIT SANCTIONNEL COMME DROIT PUBLIC.

Le droit pénal général, qui trace les limites du droit de punir de l'Etat, fait partie du droit public ; le « Justizrecht » de Jellinek², soit le droit pénal et la procédure pénale, a donc aussi pour objet les droits publics et les obligations reconnus aux condamnés par la peine³. Il serait

¹ M. Ancel : *La participation du juge à l'exécution de la sentence pénale*, Et. pénit. 1960, p. 9.

² G. Jellinek : *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd. Berlin 1966, p. 393.

³ M. Grünhut : (Frede/Grünhut, *op. cit.*), *Rechtliche Garantien im Straf-vollzug*, p. 18.

d'ailleurs illogique de définir les conditions d'intervention du droit de punir sans admettre comme corollaire la nécessité de définir les conditions d'exécution et d'application de ce même droit. L'exécution des sanctions pénales ne peut se faire en dehors du droit : elle est, en soi, un rapport de droit⁴. Les conditions juridiques et matérielles gouvernant la réalisation du droit pénal doivent être réglées par lui également, et donc par le droit public dont il dépend.

La question n'est plus ici de savoir s'il existe une trilogie pénale, mais de reconnaître que celle-ci relève entièrement du droit public, dès la poursuite pénale et jusqu'au terme de l'application des sanctions. La doctrine ne conteste d'ailleurs pas à l'application même des sanctions pénales son statut de droit public⁵. Cet accord théorique ne signifie pourtant pas que l'accord soit également fait sur la solution des problèmes pratiques.

10. LE RAPPORT DE SUJÉTION PARTICULIÈRE.

La promotion intégrale d'un statut de droit public en faveur de l'application des sanctions pénales ne pouvait être acceptée sans réserve et de nombreux auteurs ont alors repris les distinctions établies par Laband⁶ et Mayer justifiant la restriction de certains droits par les rapports exceptionnels liant l'Etat aux citoyens placés dans des situations juridiques particulières, telles que les fonctionnaires, les bénéficiaires de l'instruction publique ou autres usagers des établissements publics. Habituellement placé dans un rapport de « sujétion générale » (*Allgemeines Gewaltverhältnis*) face à l'Etat, le citoyen peut donc être parfois soumis à un rapport de subordination ou de « sujétion particulière » (*Besonderes Gewaltverhältnis*) dérivant de la loi, d'une décision administrative ou de la volonté propre de celui qui s'y soumet⁷.

L'utilisation de l'établissement public, constitué par l'ensemble de moyens, personnels et matériels, aux mains d'un détenteur de la puissance publique, et durablement affecté à l'exécution de tâches précises, crée également le rapport de sujétion particulière. Or il est communément

⁴ B. Freudenthal : *Der Strafvollzug* (op. cit.), p. 222.

⁵ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 84.

⁶ P. Laband : *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5^e éd., Tübingen, 1911-1914, Tome I, p. 432 et ss.

⁷ O. Mayer : *Deutsches Verwaltungsrecht*, Tome II, 3^e éd. München et Leipzig, 1924, p. 268. Pour la doctrine récente cf. : *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre*, cahier 15, Berlin 1957, les rapports de H. Krüger (p. 109 et ss.) et de C.H. Ule (p. 133 et ss.) sur « *Das besondere Gewaltverhältnis* ».

admis qu'un établissement pénitentiaire est un établissement de droit public et que ses usagers sont donc soumis au rapport de sujétion particulière.

Mais avant même d'être sujétion, ce rapport particulier est caractérisé par la soumission et l'obéissance, ce que reconnaît d'ailleurs L. Jacobi, établissant sa théorie de la situation juridique du prisonnier sur le rapport de sujétion particulière : « Durch die Begründung eines besonderen Gewaltverhältnisses wird zunächst und vor allem eine besondere Gehorsamspflicht geschaffen »⁸. Et en l'absence de normes légales spécifiques à l'application des sanctions pénales, quelques auteurs reconnaissent une utilité certaine à ces caractéristiques essentielles du rapport de sujétion particulière⁹.

La principale conséquence de cette théorie fut pendant longtemps l'exclusion de toute reconnaissance de droits fondamentaux aux individus qui y étaient soumis¹⁰. Le rapport de sujétion particulière fit donc obstacle à tout contrôle judiciaire et n'admettait d'autre recours que la voie hiérarchique administrative¹¹.

Malgré la très forte position qu'elle occupa notamment en droit administratif allemand¹², la notion du rapport de sujétion particulière n'est plus admise comme telle, dans sa conception classique.

Wolff déjà constate ses insuffisances de droit en rappelant que la personne qui y est soumise reste « Rechtssubjekt », et qu'elle peut en conséquence exiger la protection de droits fondamentaux. « Die das besondere Gewaltverhältnis regelnden abstrakten und generellen Anordnungen sind materielle Gesetze, die konkreten sind Verwaltungsakte »¹³. Pour Merk, « das Gebot der Achtung der Menschenwürde, sowie der Gleichheitsgrundsatz, ferner die Grundsätze des Rechtsstaates auch für das besondere Gewaltverhältnis gelten »¹⁴. ForsthoFF admet finalement que le rapport de sujétion particulière est une lacune de l'Etat de droit¹⁵, car seule la loi peut être le fondement de limitations imposées dans les relations de droit public.

Le droit administratif suisse a suivi la même évolution. L'Etat de droit impose des rapports de droit et ne supporte pas des rapports de sujétion

⁸ L. Jacobi : *op. cit.*, p. 387.

⁹ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (*op. cit.*), p. 100.

¹⁰ G. Köhl : *op. cit.*, p. 94.

¹¹ L. Jacobi : *op. cit.*, p. 381.

¹² H. Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 49.

¹³ H.J. Wolff : *op. cit.*, § 32 IV N° 3.

¹⁴ W. Merk : *op. cit.*, vol. 2, p. 1482.

¹⁵ E. ForsthoFF : *Lehrbuch der Verwaltung* (*op. cit.*), vol. 1, p. 118.

particulière infra-légaux. « Und zwar sind die besonderen Gewaltverhältnisse im Rechtsstaate nichts anderes als gesetzliche Beschränkungen der Ausübung der Freiheitsrechte »¹⁶.

Il est donc théoriquement acquis que le rapport de sujétion particulière ne peut être qu'un rapport de droit, fondé sur des dispositions légales et susceptible de protection judiciaire. Certaines solutions législatives, en Allemagne fédérale, témoignent de l'admission de cette conception dans le domaine de la fonction publique et de l'organisation militaire¹⁷. Une décision récente de la Cour Constitutionnelle Fédérale l'admet enfin dans le domaine pénitentiaire¹⁸.

En Suisse, il convient d'être plus nuancé et de relever que si la doctrine récente fait du rapport de sujétion particulière un rapport de droit, cette conception ne s'impose que lentement en droit pénitentiaire¹⁹. « In der schweizerischen Vollzugstheorie hat die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis nicht dieselbe Bedeutung erlangt. Die erhöhte Unterwerfung des Strafgefangenen unter die Anstaltsgewalt scheint aus unserer Tradition heraus so selbstverständlich zu sein, dass in der vorwiegend pragmatisch geführten Diskussion um die Nützlichkeit dieser und jener Vollzugsmassnahmen die Frage nach deren rechtlichen Grundlagen oft gar nicht ins Blickfeld rückte »^{19 bis}.

Quant à ses insuffisances de fait, elles tiennent en premier lieu à ce que la notion de rapport de sujétion particulière, étroitement liée à l'usage, contraint ou choisi, d'un établissement public, ne peut être invoquée dès lors que l'application des sanctions pénales n'est plus exclusivement pénitentiaire. Même si l'on faisait remonter la création du rapport de sujétion à la commission de l'infraction, et non plus à l'utilisation de l'établissement pénitentiaire, comme le suggère Peters²⁰, on n'éliminerait pas les critiques plus fondamentales touchant l'essence même, autoritaire et disciplinaire²¹, du rapport de sujétion particulière, notion qui a perdu

¹⁶ Z. Giacometti : *op. cit.*, p. 270. Voir également M. Imboden : *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bâle 1968 (3^e éd.), vol. 2 N° 511.

¹⁷ W. Merk : *op. cit.*, vol. 2, p. 1485.

¹⁸ Arrêt du 14 mars 1972, publié in JZ 1972, p. 357.

¹⁹ I. Weiss, bien que très critique à l'égard du système pénitentiaire suisse, a admis le rapport de sujétion particulière (*op. cit.*, p. 153 et ss.) suivant en cela K. Tiedemann (*Die Rechtsstellung* - *op. cit.*).

^{19 bis} P. Aebersold : *op. cit.*, p. 177.

²⁰ K. Peters : *Die Kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlin 1932, p. 201.

²¹ G. Jellinek observe à juste titre que le rapport de sujétion particulière soumet son sujet à une double soumission pénale, celle du droit pénal commun, à laquelle s'ajoute le pouvoir disciplinaire : le prisonnier est alors soumis à un double droit pénal (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, *op. cit.*, p. 113).

toute valeur ²² avec l'évolution actuelle du traitement pénal, que le condamné doit accepter ou auquel il doit du moins participer avec un minimum de contraintes et un maximum de libertés ²³.

Bien qu'encore utilisée dans la doctrine et la jurisprudence allemandes il y a une dizaine d'années ²⁴, et par certains auteurs français, tels Ch. Germain et P. Orvain, cette théorie ne sera pas suivie ici : étant donné qu'on peut la considérer comme une thèse ou comme une hypothèse ²⁵, nous le rejetons car elle constitue un empêchement sérieux à l'évolution d'ensemble des conceptions modernes du traitement pénal et ne résoudrait que partiellement les problèmes du contentieux sanctionnel.

11. LE STATUT DU CONDAMNÉ.

La doctrine classique, dominée par les institutions du droit administratif que sont l'établissement public et le rapport de sujétion particulière, n'a jamais reconnu au prisonnier un statut juridique clairement délimité et ne lui a donc accordé presque aucune protection.

Tirée soit de la constatation que le prisonnier est l'usager d'un établissement public ²⁶, soit du fait qu'il est dépourvu de protection juridique ²⁷, une conclusion s'imposait alors : le prisonnier ne jouissait pas de droits subjectifs, mais bénéficiait seulement des effets réflexes du droit objectif (*Reflexrechte*) ; l'Etat chargeait les organes étatiques, en l'espèce l'administration pénitentiaire, de veiller aux intérêts des administrés et s'en remettait aux décisions de ces organes sans concéder aux administrés ni recours, ni action ²⁸ : c'était la situation-type, et classique, de droit administratif ²⁹, connaissant comme seul moyen l'éventuel recours à l'autorité supérieure et c'est ainsi d'ailleurs que Freudenthal décrit le statut du prisonnier, tout en relevant que le condamné est dans la même

²² Th. Wertenberger : *op. cit.*, p. 319.

²³ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 111.

²⁴ K. Tiedemann : *La protection des droits des détenus*. RSC 1962, p. 491, note 1, et du même auteur, *Die Rechtsstellung* (op. cit.).

²⁵ H. Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 50.

²⁶ « Blosser Reflexwirkungen sind ferner in der Regel die « Rechte » auf den Gebrauch öffentlicher Sachen und Anstalten. » G. Jellinek : *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (op. cit.), p. 74.

²⁷ L. Jacobi : *op. cit.*, p. 381.

²⁸ A. Grisel : *op. cit.*, p. 320.

²⁹ Dans de nombreuses situations juridiques, le droit administratif admet aujourd'hui et garantit l'accès aux tribunaux à quiconque défend un « intérêt digne de protection » (art. 103 OJF et cf. FF 1965 II, p. 1354 et ss.) ou est lésé dans ses droits (Art. 19 GG).

situation que le citoyen non prisonnier, sauf en ce qui concerne les droits dont il est privé par l'exécution de la peine³⁰.

Or la peine, qui est si souvent altération ou négation de la personnalité et de ses droits³¹, n'est juridiquement que la privation d'un seul droit fondamental : la liberté. Les peines ou mesures accessoires, telles que incapacités ou déchéances, qui privent le condamné de l'exercice ou de la jouissance d'autres droits particuliers démontrent théoriquement que, pour autant que ces mesures ne sont pas prononcées, les droits auxquels elles se rapportent subsistent, tant dans leur exercice que dans leur jouissance³². Mais ils ne résistent pas, semble-t-il, à la privation de liberté.

Pour la doctrine française, le prisonnier est sous le coup d'une incapacité de fait, « parce qu'il lui est matériellement impossible de sortir de sa prison et d'avoir des rapports suffisants avec les personnes ou les biens dont il a été séparé »³³. En privant le condamné de sa liberté locomotrice, le législateur porte ainsi atteinte à ses autres droits individuels, car il est certain que la peine privative de liberté paralyse en fait l'exercice de la plupart des droits individuels³⁴.

³⁰ B. Freudenthal : *Der Strafvollzug* (op. cit.), p. 223.

³¹ G. Jellinek : *op. cit.*, p. 112. Pour la pratique on peut se référer à un texte du Syndicat de la magistrature (France) daté du 18 décembre 1971 adressé au Garde des Sceaux : « A la mesure exclusivement privative de liberté voulue par la loi et ordonnée par le juge s'ajoute arbitrairement une peine privative de certains droits fondamentaux. Parmi ceux-ci :

- Le droit au respect de la parole donnée, dont il semble que l'administration fasse parfois peu cas, si l'on constate ce qui s'est passé à Toul, à en croire les déclarations des aumôniers catholique et protestant de cet établissement ;
- le droit à des sanctions individualisées ; à cet égard la suppression des colis de Noël ne pouvait être ressentie que comme une profonde injustice ;
- le droit à une véritable procédure disciplinaire sous le contrôle d'un juge chargé de garantir dans la vie des prisonniers le respect de certaines règles ;
- le droit au travail ... Cela suppose que disparaisse cette conception qui fait de l'accès au travail une faveur accordée à certains détenus sans que ces derniers bénéficient suffisamment des fruits de leur travail ;
- le droit au respect de la personne humaine... »

Revue *Espirit*, février 1972, p. 253.

³² Raisonement appliqué par B. Freudenthal, notamment au droit de vote, *Der Strafvollzug* (op. cit.), p. 227.

³³ J. Perrier : *op. cit.*, p. 5.

³⁴ P. Cornil : *A propos des droits civils et politiques des détenus*, RPS 1959, p. 15. A. Gayraud : *La coercition dans l'exécution des peines*, RPD 1968, p. 72 et ss. : « Notre réglementation (...) paraît fondée sur le concept de l'incapacité juridique du détenu (...) La peine privative de liberté demeure une sorte de *capitis diminutio* organisée. Tout se passe comme si, ayant échappé à la peine capitale, le privé de liberté n'était plus qu'un être diminué, asservi et sans droits. »

Exclusion de droits, incapacité de fait ou suspension³⁵ de leur exercice, telles sont donc les différentes positions classiques face à la situation juridique du condamné, et plus précisément du condamné privé de sa liberté.

Pourtant, en mentionnant le droit de vote parmi ceux que la privation de liberté ne peut toucher, Freudenthal battait en brèche un principe alors incontesté. Sa position fut reprise en Suisse par certains auteurs dès 1925. Hafner et Zürcher reconnaissent que la liberté de croyance et de conscience, le droit au mariage, les droits politiques, la protection dans l'exécution du travail et les prestations des assurances sociales doivent être reconnus au prisonnier³⁶. Certes l'inventaire n'est guère systématique et comprend des droits, prestations ou abstentions de nature juridique fort différente. Leur seul trait commun est qu'ils sont de droit constitutionnel écrit et préexistent donc à la condamnation pénale, à l'exécution de la peine ou à l'incarcération dans un établissement pénitentiaire.

Pour Dupréel, l'impunité de l'évasion, dans certaines législations, entraîne la reconnaissance d'un droit à l'évasion³⁷. Bien que ce droit ne soit pas unanimement tenu pour un authentique droit subjectif³⁸, on pourrait provisoirement l'admettre et reconnaître alors qu'il s'agit bien d'un droit naissant avec l'exécution de la peine (voire antérieurement).

Ces quelques exemples illustrent une évolution historique et démontrent la nécessité d'une systématique et de définitions essentielles ; car s'il existe des droits électoraux, civils et sociaux du condamné et du prisonnier, il existe certainement aussi aujourd'hui des droits liés au droit de punir, qui ont pour titre la condamnation pénale et pour sujet le condamné.

³⁵ F. Clerc : *Les droits des détenus* (op. cit.), p. 35.

³⁶ K. Hafner et E. Zürcher : *op. cit.*, p. 95 et ss.

³⁷ J. Dupréel : *Une notion nouvelle : les droits des détenus* (op. cit.), p. 163. Consulter également F. Clerc : *De la répression de l'évasion simple*. RPS 1965, p. 76.

³⁸ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 34.

CHAPITRE IV

LES DROITS SUBJECTIFS

Il est actuellement admis que le prisonnier n'est pas le hors-la-loi qu'il semble avoir été pendant de nombreuses décennies, et que le statut très empirique d'administré qui fut le sien ne correspond plus au développement de la notion très générale des droits de l'homme. Mais il convient de définir la nature des droits qui seront les siens en sa double qualité de citoyen et de condamné.

12. NOTION.

Seuls les effets réflexes du droit objectif étaient naguère reconnus, on l'a dit, en faveur du condamné privé de liberté, qui ne disposait d'aucun moyen de droit pour se défendre, obtenir certaines prestations ou refuser les effets contraignants de décisions. Cette conception syncrétique du droit subjectif¹ où prédomine l'élément organique du droit, soit la voie juridique qui le garantit, nous semble méconnaître les éléments essentiels de ce droit que sont avant tout les libertés, prestations ou abstentions accordées aux citoyens par le droit public écrit et non écrit. Une conception trop formelle de ce droit, qui fait dépendre son existence de la volonté clairement exprimée du législateur, est également insuffisante². Il est assurément difficile d'appréhender le droit subjectif si l'on en rejette les définitions organiques et formelles. Pourtant, le droit subjectif doit être avant tout un bien, un intérêt, considéré comme propriété intangible ou imprescriptible d'un sujet, sur lequel il dispose d'un pouvoir de maîtrise s'imposant à tous, dont il ne pourrait être privé sans sa volonté et qui impose à l'Etat de se comporter envers son titulaire conformément à l'ordre juridique.

¹ Qui est notamment celle de Z. Giacometti (*op. cit.*), p. 304.

² C'est la conception de W. Henke : *Das subjektive öffentliche Recht* (*op. cit.*), p. 4.

C'est donc « la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir soit comme sien, soit comme dû »⁴. Les droits subjectifs garantissent le respect des libertés, du patrimoine, l'obtention des prestations imposées aux services publics, et permettent au citoyen d'exiger de l'Etat un certain comportement, une abstention ou un acte afin de satisfaire un intérêt juridiquement protégé⁵.

La notion de droit public subjectif est certes contestée et ne fournit qu'une relative sécurité théorique. Giacometti en a relevé l'illogisme : l'Etat, créateur du droit, ne saurait se subordonner à son propre ordre juridique et conserve le pouvoir de porter atteinte aux droits subjectifs accordé à ses « administrés », à qui n'est concédé qu'un « status subjectionis » ou « status passivus », l'Etat restant autoritaire⁶. La doctrine française, à l'exception de Carré de Malberg, n'a pas accepté « ce postulat type de la pensée germanique abstraite »⁷. Le concept de droit public subjectif ne s'y est pas imposé, comme on peut s'en convaincre en lisant par exemple Roubier, pour qui la création de nouveaux droits, au nombre desquels il faut bien sûr compter les droits subjectifs, est de nature à provoquer « l'inflation juridique »⁸. « On a perdu de vue que le droit objectif peut protéger tel ou tel bien qui lui paraît particulièrement précieux, par des moyens qui ne consistent pas dans la création d'un droit »⁹ : ses préférences vont à la notion de situation juridique, qui peut être objectiviste où prédominent les devoirs, ou subjectiviste tendant à créer avant tout des droits. A l'examen, cette théorie doit être rejetée au motif que son auteur, l'appliquant au droit pénal, situe ce dernier dans le droit public, ce qui est acceptable, mais le caractérise comme système juridique objectiviste à base de devoirs, l'importance énorme de ces derniers y écrasant à peu près complètement les droits¹⁰.

Cette conclusion serait admissible si Roubier distinguait droit pénal et droit sanctionnel ; mais tel n'est pas le cas, puisqu'il ajoute : « le régime des peines a pour objet la fixation de devoirs »¹¹, opinion que nous ne saurions accepter comme telle.

⁴ J. Dabin : *Le droit subjectif* (op. cit.), p. 105.

⁵ A. Grisel : *op. cit.*, p. 318.

⁶ Z. Giacometti : *op. cit.*, p. 314.

⁷ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 46.

⁸ P. Roubier : *Droits subjectifs et situations juridiques* (op. cit.), p. 49.

⁹ *Idem*, p. 51.

¹⁰ *Idem*, p. 114.

¹¹ *Idem*, p. 114.

Il n'est dès lors guère surprenant de constater que ces objections doctrinales aux droits publics subjectifs se sont manifestées parallèlement à l'opposition de nombreux praticiens qui redoutent le développement inconsidéré d'une « notion relativement nouvelle »¹², celle des droits du détenu ou simplement du condamné.

Pour Pinatel, la reconnaissance de droits subjectifs en faveur des détenus semble inconciliable avec la notion même de traitement, qui exige un système extrêmement souple, où toute décision est fonction de l'individu, où les règles générales ne peuvent s'appliquer. Un contentieux judiciaire, avec ses exigences de rigueur, est donc inopportun : un contrôle strictement juridictionnel de la légalité ne peut être accepté dans un domaine administratif tel que celui de l'exécution des peines¹³.

D'autres craignent manifestement pour l'ordre dans les prisons, tel Voulet : « N'est-ce pas encourager le condamné en cours de peine à multiplier les réclamations ou à se considérer comme la victime de ceux qui ont la charge de l'établissement pénitentiaire ? »¹⁴.

Cette crainte se retrouve chez Dupréel, qui prévoit une utilisation abusive de ces droits, aux fins de « résister aux décisions prises dans le cadre du traitement pénitentiaire »¹⁵. Enfin, selon Schüler-Springorum, les prisonniers ne font pas un bon emploi des voies de droit¹⁶ et devraient apprendre à mieux utiliser l'ordre juridique. Mais ce n'est évidemment pas en les maintenant dans une condition de « paria » qu'on leur apprendra quels sont leurs droits et comment les exercer.

Ces objections de doctrine, émanant des publicistes davantage que des pénalistes, ces craintes de praticiens et ces observations exactes, mais partielles, ne devraient pourtant pas faire échec à une notion dont le développement est étroitement lié aux différentes déclarations de droits, qui entraînent en effet la reconnaissance toujours plus étendue de droits aux personnes privées de liberté¹⁷.

¹² Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 283, note 2. Notre exposé tend pourtant à démontrer qu'il s'agit davantage d'une notion consciencieusement et consciemment reléguée, mais ayant ses bases dans les déclarations des droits de l'homme et devant s'imposer par la légalité, principe classique du droit pénal général.

¹³ J. Pinatel : *Le rôle du magistrat dans l'exécution des peines*. Journées franco-belgo-luxembourgeoises de science pénale, Paris 1951, p. 95.

¹⁴ M. Voulet : RSC 1953, p. 152 (remarque faite en cours de discussion à la suite d'un exposé de M. Ancel : *Droit pénal et défense sociale*. RSC 1953, p. 144).

¹⁵ J. Dupréel : *Une notion nouvelle : les droits des détenus* (*op. cit.*), p. 178.

¹⁶ Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 266 : « Sie schiessen mit Kanonen nach Spatzen, und sie feuern Salven, wo der freie Bürger die Kosten eines einzigen Geschosses bedenken würde. »

¹⁷ J. Dupréel : *op. cit.*, p. 163 et J. Perrier : *op. cit.*, p. 37.

13. CLASSIFICATION.

Les droits individuels ou libertés civiles engendrent des situations juridiques assorties de droits publics subjectifs qui se rattachent, selon Jellinek, à trois types ¹⁸ :

- les droits de statut actif, tels que les droits politiques ;
- les droits de statut négatif, qui permettent de s'opposer aux empiétements de l'Etat sur les libertés individuelles et la propriété ;
- les droits de statut positif, ayant pour conséquence les prestations de collectivités publiques et les garanties institutionnelles.

La condition juridique du citoyen et celle du condamné pénal dépendent donc de l'ordre juridique, c'est-à-dire de la reconnaissance constitutionnelle écrite, non écrite ou légale, plus ou moins étendue des droits publics subjectifs.

Or l'examen de la situation du condamné faisant exclusivement l'objet de mesures privatives ou restrictives de liberté ¹⁹ permet de constater ce qui suit :

a) La condamnation pénale à des mesures privatives ou restrictives de liberté n'affecte ni la jouissance ni l'exercice des droits politiques du citoyen, plus particulièrement du droit de vote et subsidiairement des divers droits populaires reconnus aux citoyens ²⁰ selon la conception démocratique de l'Etat. Les dispositions légales ou réglementaires concernant ces droits peuvent parfois en rendre l'exercice difficile, voire impossible, notamment lorsque la comparution personnelle est exigée. La privation de liberté entraîne alors indirectement l'impossibilité d'exercer un droit politique ; mais, outre que l'organisation administrative et le développement des communications rendent actuellement excessive cette exigence, de simples dispositions réglementaires, des obstacles administratifs mineurs ou d'ordre matériel ne doivent pas pouvoir paralyser l'exercice intégral des droits politiques du citoyen, quelle que soit la nature de la mesure pénale dont il est l'objet.

Lorsque l'organisation de l'Etat reconnaît ces droits démocratiques au peuple, il s'agit de droits publics subjectifs protégés par les voies de

¹⁸ G. Jellinek : *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (op. cit.), p. 94 et ss., 114 et ss., et 136 et ss.

¹⁹ Nous nous limiterons ici à l'étude des mesures affectant la liberté, à l'exclusion des sanctions qui ont pour conséquence des déchéances de droits.

²⁰ Sur ces points, cf. K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 171 ss.

droit de l'appareil judiciaire : les citoyens disposent d'actions en justice destinées à faire valoir ces droits. Quant à leur exercice, le condamné pénal est dans la même situation que le citoyen libre, et il serait inconcevable d'aménager une protection particulière de ces droits pour les personnes frappées de sanctions restrictives ou privatives de liberté²¹ ; les condamnés doivent donc, au lieu où la décision judiciaire leur impose de résider, pouvoir manifester leurs opinions politiques par les voies de droit qui leur sont reconnues.

Même si l'on admet que l'exercice de certains droits peut en principe être limité lorsqu'il est incompatible avec les buts d'une sanction privative (ou restrictive) de liberté ou avec le maintien de l'ordre ou de la sécurité dans un établissement pénitentiaire²², on ne saurait justifier de la sorte l'exclusion de l'exercice des droits politiques. Les difficultés que soulève prétendument l'organisation de consultations populaires dans les prisons pourraient en réalité être surmontées par n'importe quel administrateur, et l'argument reflète bien plutôt cette répression administrative frappant injustement trop de droits.

b) Les droits de statut négatif et d'abord la liberté individuelle sont évidemment les plus affectés par les peines et mesures privatives de liberté. Mais bien d'autres libertés ou droits accordés au citoyen et lui assurant « une sphère d'action autonome, soustraite à toute atteinte de la part des organes de l'Etat »²³, sont profondément touchés par les mesures pratiques prises en application des nécessités de la privation de liberté. Ainsi la propriété, le domicile ou le secret postal sont-ils sacrifiés dans l'exécution des peines aux exigences de la sécurité et de l'ordre de l'établissement ; d'autre part, l'éloignement, séparant le condamné de personnes ou de biens, peut le contraindre à renoncer au mariage, à son activité professionnelle, à la gestion de son patrimoine, à la défense civile de certains droits²⁴.

Est-ce juste ? Est-ce même nécessaire ? Les tendances dominantes de l'exécution pénale sont maintenant aux peines restrictives de liberté ou de droits, prouvant ainsi qu'il est désormais nécessaire d'équilibrer les impératifs de la répression avec les droits fondamentaux de l'homme : le régime

²¹ Nous n'excluons pas la nécessité d'un arbitre, voire d'un contrôle, veillant au respect de ce principe, mais nous nous plaçons ici sur le plan théorique.

²² Cf. art. 3 de la *Recommandation du Conseil de l'Europe relative aux droits électoraux, civils et sociaux du détenu*. RSC 1961, p. 650 et IPS 1962, p. 22.

²³ A. Favre : *op. cit.*, p. 233.

²⁴ On trouvera dans K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (*op. cit.*), p. 125 et ss., un développement détaillé et de droit comparé sur les droits individuels des prisonniers.

de la peine privative de liberté « locomotrice » et privative de ce fait d'autres libertés semble définitivement compromis.

Il existe ainsi de très profondes différences entre le droit de vote ou le droit au mariage, que permettent des actes administratifs et manifestations de volonté imposés par la loi, et le respect du domicile ou de la propriété, droits de statut négatif, garantis par le respect continu des normes qui les établissent, notamment par le principe de non-intervention ou d'abstention étatique et sauvegardés qu'à la condition que certaines institutions fonctionnent en permanence : les établissements pénitentiaires sont l'exception, car ils appliquent des décisions de justice privatives de libertés dans des conditions trop souvent dépourvues de normes légales.

Comme les droits politiques, les droits et libertés individuels sont protégés par l'ordre juridique qui accorde à ses sujets l'action en justice aux fins de les faire respecter. Mais, alors que le droit de vote est suffisamment protégé par les voies ordinaires, les exigences des droits du statut négatif sont différentes et commandent pour plusieurs raisons un dispositif de protection spécial.

Quelques exemples suffiront à démontrer la spécificité des problèmes posés par le respect, en établissement pénitentiaire, de certains droits se rattachant au statut négatif : les sanctions disciplinaires, la censure du courrier, voire de l'information, les entraves administratives à l'exercice de droits civils (action ou défense en justice), etc.

Bien que la fréquence des conflits ne soit pas un argument décisif, les problèmes touchant les droits individuels seront évidemment plus fréquents, en milieu pénitentiaire, que les problèmes relatifs aux droits politiques. Il est également évident que l'exercice de droits et de libertés individuels en prison présente des difficultés qui doivent être appréciées, en partie tout au moins, par les autorités responsables de la sécurité et de l'ordre de l'établissement, et résolues en fonction des conditions particulières de la privation de liberté. Il est évident, enfin, que les conflits naissant entre le « droit de l'établissement » et les normes de droit public sont d'une nature très particulière et que les recours diffèrent donc de ceux que provoquent des atteintes aux droits et libertés individuels dans le cours ordinaire de la vie non pénitentiaire.

Si la nécessité d'un dispositif adéquat de sauvegarde et de contrôle des droits publics subjectifs, analogue au dispositif commun de protection de type judiciaire, n'est pas contestable lorsque la sanction s'exécute en milieu pénitentiaire, elle est également incontestable lorsque la sanction s'exécute en liberté. Plus encore peut-être qu'en situation carcérale, le condamné pénal soumis à des mesures restrictives de droits, donc de libertés, doit bénéficier lui aussi d'une sauvegarde permanente de ses droits,

car chacun d'eux est alors utilisé comme élément distinct de pénalité ; l'équilibre entre les intérêts collectifs et les droits individuels doit donc être au moins aussi fermement assuré en pareil cas qu'en prison ^{24 bis}.

c) Les droits de statut positif, qui comprennent les droits sociaux, les droits aux prestations de collectivités et de services publics, ont pour but de créer des conditions sociales et de vie permettant d'élever le niveau général de la société, tant sur le plan matériel que dans le domaine culturel, et de favoriser le rayonnement de la personnalité au profit de la collectivité ²⁵. Ces droits, qui se sont pour la plupart développés dès le début du ^{xx}e siècle, se rapportent aux conditions du travail, à la répartition équitable de certains biens et à la promotion de formes nouvelles d'assistance destinées à garantir à l'ensemble des citoyens une vie décente. On peut citer, entre autres, la gratuité de l'enseignement, l'assistance judiciaire, les droits sociaux stricts comprenant les prestations des assurances publiques, sans omettre les « garanties institutionnelles » (Jellinek), dépendant des droits sociaux et assurant leur application.

La législation pénale et la pratique pénitentiaire ne pouvaient échapper à ce mouvement. Depuis 30 ans environ se multiplient les dispositions constitutionnelles ou légales, dont l'influence sur l'exécution des peines et mesures est directe ou du moins attendue. Plusieurs d'entre elles invoquent le respect de la dignité et des droits de l'homme et sont de nature constitutionnelle. Elles posent alors de nombreux problèmes, comme le montrent les controverses entourant, par exemple, l'article 1 de la loi fondamentale en Allemagne. En théorie, ces dispositions doivent être considérées comme ressortissant au statut négatif, car elles contraignent l'Etat à des abstentions plus qu'à des prestations. Dans le domaine qui nous occupe, elles doivent pourtant être considérées comme ressortissant au statut positif, car la protection des droits fondamentaux et le respect de la dignité du condamné supposent dans la plupart des cas des prestations particulières, telles que enseignement, formation professionnelle, conditions de vie décente, alimentation normale et prestations sanitaires ²⁶, sans même parler des prestations directement liées au but de prévention spéciale du traitement pénitentiaire.

^{24bis} L. Pons : *Le traitement en milieu ouvert*, in *Le fonctionnement de la Justice pénale* (op. cit.), p. 143. « Dans le traitement en milieu ouvert, l'intervention du juge est particulièrement nécessaire pour garantir l'intégrité des droits fondamentaux au sein d'une action qui peut donner lieu à une profonde ingérance dans la vie privée des individus. Il convient de limiter dans un tel domaine tout zèle intempestif qui ferait du condamné un sujet d'expérience ou le livrerait au pilori de la curiosité publique. Il faut à cette action un arbitre, et qui peut le mieux être cet arbitre qu'un juge, par état et par vocation ? »

²⁵ A. Favre : *op. cit.*, p. 236.

²⁶ P. Cannat : *Des rapports entre la puissance publique et les délinquants détenus*. RSC 1947, p. 288.

Par ce mouvement constitutionnel et législatif²⁷, qui « a imposé à l'Administration chargée de l'exécution des peines ou des mesures de sûreté une action déterminée par des impératifs légaux et enfermée dans le cadre de prescriptions juridiques précises »²⁸, la société acquitte en quelque sorte, comme l'écrivait Cannat en 1949, sa dette envers le détenu. « La puissance publique est tenue à diverses obligations : (...) pendant la peine, elle doit rééduquer autant moralement et professionnellement que sur le plan de l'instruction générale (...). Elle doit remettre le libéré au sein de la société dans une position analogue ou supérieure à celle qu'il occupait avant l'arrestation »²⁹.

Il ne fait dès lors guère de doute que des textes tels que l'art. 61 al. 1 de l'ordonnance allemande sur l'exécution des peines de 1961, l'art. 728 al. 2 du code de procédure pénale français, l'art. 37 al. 1 du Code pénal suisse, et l'art. 37 al. 1 du code pénal exécutif polonais de 1969³⁰, pour ne prendre que quelques exemples, ont un contenu positif et imposent des prestations matérielles, morales et thérapeutiques au profit des condamnés pénaux³¹. Or ces normes légales sont la conséquence directe de dispositions constitutionnelles³², héritières ou proches parentes des déclai-

²⁷ M. Ancel (*Méthodes modernes*, op. cit., p. 23) et K. Tiedemann (*Die Rechtsstellung*, op. cit., p. 115) énumèrent une série de dispositions constitutionnelles et légales qui affectent directement le traitement pénitentiaire.

²⁸ M. Ancel : *Méthodes modernes* (op. cit.), p. 26.

²⁹ P. Cannat : *La réforme pénitentiaire* (op. cit.), p. 17 et 18.

³⁰ Art. 61 al. 1 DVollzO : « Der Gefangene ist menschlich und gerecht zu behandeln. »

Art. 728 al. 2 Cppfr : « Dans les prisons établies pour peines, ce régime (il s'agit du régime intérieur) sera institué en vue de favoriser l'amendement des condamnés et de préparer leur reclassement social. »

Art. 37 al. 1 CPS : « la réclusion et l'emprisonnement seront exécutés de manière à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre. »

Art. 37 al. 1 Cpepol : « L'exécution de la peine privative de liberté a pour but de former une attitude socialement souhaitable du condamné ; elle doit en particulier l'habituer au travail socialement utile, ainsi qu'au respect de l'ordre légal et combattre ainsi la récidive. »

³¹ « Les libertés individuelles, telles qu'elles résultent du droit constitutionnel, des conventions internationales et de simples lois, n'accordent pas seulement au détenu un droit (négatif) à la garantie de sa personnalité, mais imposent aussi aux autorités pénitentiaires le devoir de garantir une exécution de la peine qui soit, d'une façon positive, conforme à ces dispositions. » K. Peters : *La rééducation et les droits des détenus*. RSC 1962, p. 485.

³² Par exemple l'art. 27 al. 3 Const. ital. : « Les peines ne peuvent pas consister en un traitement contraire au sentiment d'humanité et elles doivent tendre à la rééducation du coupable. » Sur les problèmes posés par cette disposition constitutionnelle, cf. G. Bettiol : *Sulla rieducazione del condannato*, *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1958, p. 633 et S. Ranieri : *L'art. 27 e il problema della rieducazione del condannato*, in *Scritti De Francesco*, vol. I, p. 561.

rations des droits de l'homme de 1789³³, de 1948³⁴ et de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³⁵, adaptées à l'application des sanctions pénales³⁶.

La nature juridique exacte des droits découlant de tels textes³⁷ est évidemment discutée par la doctrine. Il nous semble acceptable de les considérer comme des droits publics subjectifs imparfaits, car, pour la plupart, dépourvus de garanties fonctionnelles, de voies de droit capables d'en assurer le respect et l'exécution. Ces droits, pourtant, existent incontestablement et leur valeur propre ne saurait être mise en doute. Et c'est précisément l'établissement d'un dispositif judiciaire destiné à leur mise en œuvre en milieu pénitentiaire et pour l'application intégrale du droit sanctionnel qui consacrera le caractère public et subjectif parfait de ces droits. Comme pour les droits de statut négatif, nous dirons que la fréquence des conflits, la situation particulière du justiciable, la spécification des problèmes et la nature particulière des intérêts en présence suffisent à justifier l'organisation d'une discipline judiciaire nouvelle.

14. PROTECTION.

« A partir du moment où l'administration pénitentiaire se voit imposer une charge légale définie par la loi, ayant son objet propre, et soumise à des principes dont certains sont même de portée constitutionnelle, à partir du moment où le condamné en cours de peine se voit reconnaître légalement la jouissance de certaines facultés, et où l'amélioration de sa

³³ Notamment les art. 7 et 8.

³⁴ Art. 3, 5 et 6.

³⁵ Art. 3, 4, 8, 9, 10, 12 et art. 1, 2 et 3 du premier protocole additionnel (cf. FF 1968 II N° 52, p. 1177).

³⁶ La conscience juridique internationale s'est également préoccupée d'établir des textes, certes sans portée immédiate, mais affirmant d'une part que la privation de liberté n'enlève point au condamné certains droits, et que d'autre part l'exécution pénale entraîne une série d'obligations pour les autorités chargées de celle-ci. Ces textes sont :

- l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus. Nations Unies. 1955.
- la recommandation relative aux droits électoraux, civils et sociaux du détenu. Conseil de l'Europe. 1961.
- l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, révisé par le Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe. 1972.

³⁷ Pour l'art. 1 GG al. 1, cf. K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 114.

condition devient l'objet d'une action administrative déterminée par la loi, on peut légitimement parler de la naissance d'une véritable branche distincte du droit pénal, le droit pénitentiaire ou le droit d'exécution des peines et mesures de sûreté, qui, comme toute branche du droit applicable à l'individu, comporte à la fois un droit objectif et des droits subjectifs, dont l'ensemble constitue scientifiquement cette discipline nouvelle »³⁸.

Des droits publics subjectifs dont les uns sont parfaits et les autres encore en voie de développement, s'imposent donc lentement à l'application des sanctions pénales. Leur reconnaissance implique nécessairement l'établissement d'un mécanisme de contrôle, faisant lui aussi partie de cette « discipline nouvelle ».

L'Italie, on l'a vu, a la première organisé « un système d'intervention juridictionnel relatif à la tutelle des droits reconnus au condamné pendant l'exécution »³⁹. Cette protection est d'autant plus importante que doctrine et jurisprudence se sont appliquées à définir l'incident d'exécution, et à reconnaître certains droits subjectifs dans toutes les hypothèses où des droits relatifs à l'honneur, la liberté et la propriété du condamné sont en litige⁴⁰.

On a également vu qu'en France les droits fondamentaux, tels que la vie, la sécurité et l'ordre, la santé, ainsi que les droits indispensables à la poursuite d'une vie relativement sociale, tel que le droit de communiquer avec l'extérieur, ont été protégés et garantis par la voie administrative. Il s'agissait donc bien de droits publics subjectifs invoqués devant la seule juridiction qui pouvait alors, et de façon empirique, statuer, à savoir le Conseil d'Etat.

On a vu enfin qu'en Allemagne, l'établissement d'une protection légale et judiciaire du prisonnier contre les actes de l'administration pénitentiaire vise avant tout les droits publics subjectifs reconnus par les lois et ordonnances. Il subsiste évidemment un certain pouvoir d'appréciation, dont les limites doivent être déterminées par l'organe judiciaire. Mais les tribunaux allemands reconnaissent au citoyen « un droit subjectif à l'exercice non entaché de faute par l'administration de son pouvoir discrétionnaire (...) Le détenu peut donc exiger, en général, que les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire respectent les règles des lois applicables en la matière et le règlement intérieur »⁴¹.

³⁸ M. Ancel : *Les méthodes modernes* (op. cit.), p. 27.

³⁹ G. Novelli : *L'intervention du juge* (op. cit.), p. 583.

⁴⁰ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 42 et G. Novelli (op. cit.), p. 585.

⁴¹ K. Tiedemann : *La protection* (op. cit.), RSC 1962, p. 494.

Outre ces moyens de protection existant au niveau national, il convient de mentionner la voie de droit ouverte par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ratifiée par une dizaine de pays, dont notamment la République fédérale d'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Belgique, elle prévoit en son art. 25 un droit de recours individuel contre les mesures appliquées par un pays en violation des droits protégés par la Convention. Comme le dit le rapport du Conseil fédéral, « le droit de requête que les personnes privées peuvent exercer devant la Commission (européenne des droits de l'homme) constitue sans aucun doute la pierre angulaire du système mis sur pied par la Convention. C'est pratiquement pour la première fois que des particuliers se voient reconnaître, en matière de droits de l'homme, un véritable droit d'accès direct devant un organe international à caractère partiellement judiciaire » ⁴². Dès l'entrée en vigueur de ce système, les recours en matière de privation de liberté ont été très nombreux ⁴³ et c'est en ce domaine que la Cour européenne a rendu ses premiers arrêts.

L'intérêt et la signification d'un tel recours sont évidents, puisqu'il doit permettre de protéger le détenu de traitements inhumains ou dégradants, lui assurer le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, sa liberté de conscience, de pensée et de religion, sa liberté d'expression, le droit au mariage, le respect de son patrimoine, le droit à l'instruction, ses droits politiques, tous droits qui ressortent à l'évidence des différents statuts étudiés précédemment.

Théoriquement intéressant, ce mode de défense des droits fondamentaux a néanmoins ses limites et la jurisprudence publiée démontre « à quel point l'Etat peut toucher aux droits d'un détenu et exercer ainsi une influence sur son existence sans pour autant violer les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention » ⁴⁴.

Une voie de droit, ou du moins de contrôle, s'impose donc lentement en droit sanctionnel, dans l'ordre national et supra-national, qui tend à assurer, aux citoyens libres comme aux citoyens privés de liberté le res-

⁴² Extrait du *rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (FF 1968 II N° 52 p. 1147).

Sur le recours individuel cf. M. Virally : *L'accès des particuliers à une instance internationale : la protection des droits de l'homme dans le cadre européen*. Mémoires de la Faculté de droit, N° 20, Genève 1964, p. 67 et ss.

⁴³ Commission européenne des droits de l'homme : *les droits de l'homme dans les prisons*. N° 1. Strasbourg 1971, p. 1. Sur 5.000 requêtes individuelles présentées à la Commission, près de 40 % provenaient de personnes emprisonnées ou détenues.

⁴⁴ *Idem*, p. 1.

pect des libertés individuelles et des droits fondamentaux sur lesquels repose un ordre juridique commun et démocratique. Ce respect ne peut être efficacement garanti que par la « juridictionnalisation »⁴⁵ du droit sanctionnel, car il n'est pas admissible qu'en détention le condamné aux mains de l'administration soit également dépendant de son pouvoir discrétionnaire, ou que celle-ci soit juge et partie en cas de conflit⁴⁶. D'autre part, lorsque des mesures restrictives de liberté sont appliquées, l'arbitre des droits de la société, comme de ceux du condamné, ne peut être que l'autorité judiciaire. « L'ingérence de l'autorité judiciaire dans le processus du traitement pénitentiaire peut n'avoir qu'une seule raison : la sauvegarde des droits du détenu »⁴⁷.

⁴⁵ A. Malinverni : *Aspects judiciaires de l'individualisation*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire* (op. cit.), Milan 1971, p. 141.

⁴⁶ Nous renvoyons à la deuxième partie (§ 24 et ss) qui traite des différentes solutions intermédiaires ou « radicales » de droit comparé tendant à « juridictionnaliser » l'application des sanctions pénales. Pour le droit suisse, cf. § 44.

⁴⁷ S. Plawski : *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire* (op. cit.), Milan 1971, p. 238.

CHAPITRE V

LA LÉGALITÉ CRIMINELLE

15. GÉNÉRALITÉS.

Les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, devenus articles constitutionnels dès 1791, ont tenté d'imposer au droit pénal la légalité. Et de fait la doctrine française fut particulièrement attentive au principe de légalité en matière criminelle. Elle s'est pourtant limitée à en étudier le rôle dans le droit pénal stricto-sensu¹ : elle s'est préoccupée de la légalité des délits et des peines au niveau normatif plus qu'au niveau formel et organique et elle a donc quelque peu négligé l'application du principe de légalité en procédure pénale. Quant au rôle de ce principe dans l'application des sanctions pénales, il a été plus ignoré encore et quand il a, voici quelque trente ans, éveillé l'intérêt, on a été loin de le tenir pour essentiel.

Les critiques adressées au principe de la légalité criminelle, tant au fond qu'à la forme, étaient d'ailleurs peu propres à favoriser son extension au domaine de l'application des sanctions pénales. Le déclin législatif que le principe a connu dans certains pays entre les deux guerres mondiales a certes amené les juristes, et notamment ceux qui étaient élevés dans la tradition des chartes révolutionnaires, à réaffirmer avec force la nécessité du principe², mais l'accent a évidemment été mis sur la légalité du droit pénal en général. De même, le déclin de la légalité en matière procédurale, lié aux événements politiques et aux exigences du

¹ A. Vitu : *Le principe de légalité et la procédure pénale*. RICPT 1967 N° 2, p. 94.

² M. Ancel : *La règle « nulla poena sine lege » dans les législations modernes*. Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris. Vol. II, Paris 1936, p. 245.

maintien de l'ordre³, a provoqué des réactions, mais l'accent a été mis sur l'importance de la légalité procédurale⁴.

Un mouvement pendulaire comparable a frappé la légalité dans l'application des peines, tantôt dénoncée comme radicalement contraire aux tendances modernes du droit pénal, et tantôt considérée comme un principe essentiel devant régir l'ensemble du procès pénal. Notons aussi que les opinions contradictoires émises au sujet de la légalité l'ont souvent été sans que soit préalablement précisé leur domaine d'application spécifique⁵ (droit pénal, procédure pénale ou application des sanctions).

16. LA LÉGALITÉ DES SANCTIONS PÉNALES.

L'article 4 du Cpfr, dont l'intention est de réaffirmer les principes des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ne pose que certaines exigences de légalité criminelle. Les textes révolutionnaires étaient plus explicites et précisaient notamment que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et *légalement appliquée* » (art. 8). Outre les conséquences procédurales de ce dernier principe, il faut y voir l'expression clairement formulée de la légalité du droit que nous qualifions de sanctionnel.

Cette légalité spécifique a d'ailleurs les mêmes justifications⁶, classiques que le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Elle doit exclure l'inégalité et l'arbitraire en imposant aux organes judiciaires le respect des règles générales posées par la loi pour assurer le respect de la liberté individuelle et la vie de la collectivité (justification politique).

³ A. Vitu : *op. cit.*, p. 99 note 10. On songe aux juridictions d'exception, en France, créées par le régime de Vichy, puis à la libération du territoire, ou en rapport avec les événements d'Algérie. Cf. surtout, G. Levasseur : *Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité*, in Problèmes contemporains de procédure pénale (Mélanges L. Hugueney), Paris 1964, p. 13. Du même auteur : *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, in Hommage à J. Constant, Liège 1971, p. 189.

⁴ « Pas plus qu'on ne saurait admettre que les citoyens soient frappés de mesures qui seraient décidées non par un juge mais par une administration, plus soucieuse d'exemplarité et d'efficacité que des garanties de la défense, on ne saurait tolérer que le pouvoir exécutif puisse, à son gré, façonner les juridictions, leur compétence et leur procédure, en fonction de résultats répressifs attendus » (A. Vitu, *op. cit.*, p. 100).

⁵ S. Glaser : *Le principe de la légalité en matière pénale*. RDPC 1965-66, p. 899 et ss. Certaines affirmations de cet auteur sont de bons exemples de confusion ou de généralisation (notamment p. 909).

⁶ Merle/Vitu : *op. cit.*, p. 103.

Elle confère également au seul législateur, exprimant la volonté générale, et non au juge, le pouvoir de limiter les droits individuels (séparation des pouvoirs).

Enfin, elle répond à la fonction traditionnellement intimidante⁷ de la loi pénale, qui ne peut s'exercer que si la loi est assez précise pour être connue sous ses aspects normatifs et sanctionnels.

C'est donc à juste titre que R. Garraud fait intervenir la légalité dans l'exécution des peines : « La légalité des délits et des peines s'impose au législateur (...) dans l'exécution même de ces peines, dont la loi doit fixer les principes »⁸. Il relève d'autre part qu'une pratique regrettable tend à délaisser cette règle de légalité en donnant à l'administration pénitentiaire trop de latitude dans l'exécution des peines. La légalité de l'application des sanctions s'oppose donc déjà au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Des opinions comparables seront émises dans les débats entourant, en France et en Belgique, l'élaboration d'un premier projet de règles pour le traitement des prisonniers⁹. J.-A. Roux écrira, par exemple, que « le principe de légalité, qui est à la base du droit pénal moderne, doit aussi être à la base du régime pénitentiaire moderne »¹⁰ et J. Constant reconnaîtra que la légalité n'est pas incompatible avec des mesures de défense sociale, mais s'avère de plus en plus nécessaire, comme garantie de la liberté individuelle, à mesure que le législateur assouplit le choix des peines, leur détermination et leur durée¹¹.

⁷ Cette fonction peut être citée en dernier lieu, car l'efficacité préventive générale de la loi pénale, et en particulier de l'information relative au mode d'application des sanctions pénales, est très douteuse. « Aucune recherche scientifique n'a pu démontrer que la souffrance infligée à d'autres empêchait la perpétration des infractions. » S. Plawski : *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, Milan 1971, p. 228.

⁸ R. Garraud : *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd. (op. cit.), Vol. I, p. 294.

⁹ Ce texte a été élaboré en 1929 par la Commission internationale pénale et pénitentiaire et entériné en 1934 par l'Assemblée de la Société des Nations. Sur l'historique de ces textes, devenus « Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus », cf. M. Lopez-Rey : *L'ensemble des règles pour le traitement des détenus*. RICPT 1955, N° 3, p. 164. Et le rapport du I^{er} Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (Genève 1955), New-York 1956, p. 8.

Texte allemand : F. Hauptvogel : *Ein « Ensemble de règles pour le traitement des prisonniers » der Internationalen Strafrechts- und Gefängniskommission*. ZStW 1930, p. 597. Texte français : RDPC 1930, p. 69, accompagné d'un avant-propos de J.S. van der Aa.

¹⁰ J.-A. Roux : *Observations présentées à la Société des Nations au sujet d'un ensemble de règles pour le traitement des prisonniers*, RIDP 1931, p. 9.

¹¹ J. Constant : *De la légalité des peines*, RDPC 1935, p. 582.

J. Pinatel observe avec raison que, dès le Congrès de l'AIDP de 1937 à Paris, s'affirme toujours davantage la notion de droits subjectifs dont serait titulaire ou bénéficiaire le condamné pénal¹². Les raisons sont évidentes : c'est au Congrès de Paris que sont affirmées tout à la fois l'existence d'un droit pénitentiaire¹³, la légalité qui doit régir ce droit et la nécessité d'une intervention de l'autorité judiciaire pour en garantir l'application¹⁴.

Ces principes sont repris au lendemain de la deuxième guerre mondiale, lorsque s'élabore la défense sociale nouvelle. Le mouvement, qui s'est à l'origine attiré des critiques, parfois justifiées, du point de vue de la légalité, est maintenant fermement attaché à celle-ci¹⁵. « La défense sociale nouvelle entend maintenir soigneusement la règle « *nullum crimen sine lege* », en un système cohérent de droit pénal et *l'intervention du juge selon une procédure elle-même soumise au principe de la légalité* »¹⁶.

A considérer pourtant les faits, et non plus les prises de position théoriques, on observe un affaiblissement du principe de la légalité, que plusieurs auteurs ont souligné. « En mettant l'accent sur l'individualisation de la sanction par le biais des notions de soins, de rééducation, de resocialisation, les idées nouvelles ont largement contribué au recul du principe de la légalité criminelle »¹⁷. Ce constat, exact, s'explique principalement, à notre avis par les imperfections du droit sanctionnel actuel.

17. LA COLLISION DE DEUX NORMES : L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE ET LA LÉGALITÉ.

Il ne peut y avoir de place pour la légalité dans l'application des sanctions pénales si l'on considère que la condamnation épuise le règlement du conflit entre la société et le coupable, et que dès lors la protection juridique de celui-ci n'a plus à être assurée, sinon par l'exécution pure et simple de la décision de justice. Cette situation, qui se rencontre dans tout système conférant à l'autorité de la chose jugée un caractère

¹² J. Pinatel : *Précis* (op. cit.), p. 77.

¹³ C'est au III^e Congrès international de droit pénal (Palerme 1935) qu'a été reconnue l'existence d'un droit pénitentiaire, soit plus précisément d'un encadrement juridique complet à l'exécution des peines et des mesures. Actes (op. cit.), Résolution sur la 3^e question : p. 958.

¹⁴ Actes du IV^e Congrès international de droit pénal (op. cit.) : 4^e question, 1^{re} résolution, p. 443.

¹⁵ Propositions du I^{er} Congrès international de défense sociale (San Remo), RPS 1949, p. 124. J.-B. Herzog : *Le programme minimum de la Société internationale de défense sociale*, RSC 1954, p. 808, II ch. 3.

¹⁶ M. Ancel : *La défense sociale nouvelle* (op. cit.), p. 237 et 279.

¹⁷ Merle/Vitu : op. cit., p. 118. Cf. également Bouzat/Pinatel : op. cit., Vol. I, p. 87.

sacré, a été critiquée par les auteurs¹⁸ qui relèvent la solution de continuité que la condamnation provoque entre le statut d'inculpé et celui de condamné : l'un dispose de vastes droits garantis par la légalité formelle et matérielle, l'autre en est entièrement dépourvu, comme si la seule reconnaissance de la faute pouvait déterminer un changement aussi radical de régime juridique¹⁹.

On ne retracera pas ici l'histoire de l'autorité de la chose jugée, à laquelle sont étroitement liés les adages « non bis in idem » et « res judicata pro veritate habetur », qui ont tour à tour ou simultanément répondu à des impératifs de protection de la liberté individuelle, de l'ordre public et de la paix sociale, du respect des droits de la défense²⁰.

« En raison, il est nécessaire, pour le bon ordre social, pour la liberté et la sécurité du citoyen, pour le respect même des décisions de la Justice, que les jugements définitifs soient inattaquables, parce que présumés l'expression de la vérité sociale et juridique »²¹.

Exception d'ordre public²², l'autorité de la chose jugée est devenue un dogme procédural, dont les effets se sont étendus sans raison à l'ensemble de la décision judiciaire. Mais les raisons humanitaires²³ qui commandaient son respect intégral en commandent aujourd'hui le rejet partiel ou du moins l'assouplissement, ainsi que nous allons tenter de le montrer.

Les conditions, classiques, de l'exception de la chose jugée déterminent elles-mêmes les limites dans lesquelles cette autorité s'impose ; l'exception ne s'applique qu'aux questions nécessairement et réellement décidées par la juridiction de jugement, soit l'existence d'un fait criminel, la qualification légale de ce fait et la culpabilité de l'accusé.

Ces éléments permettent ainsi d'exclure toute poursuite parallèle ou toute décision contradictoire grâce aux critères d'identité (d'objets, de causes et de parties)²⁴. La sanction, en revanche, n'est affectée que comme

¹⁸ Paul W. Tappan : *The legal rights of prisoners*, Annals Heft 1954 N° 293, p. 99 et ss. et Th. Wurtenberger : *Die Reform* (op. cit.), p. 316.

¹⁹ H. Röhl : *Der Rechtsschutz* (op. cit.), p. 67.

²⁰ R. Gassin : *Destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel en droit pénal contemporain*, RSC 1963, p. 239. Sur ces brocards et leur évolution historique cf. Th. Mommsen : *Manuel des antiquités romaines* (trad. G. Humbert) 1907 ; le droit pénal romain, Vol. II, p. 132 et ss. Et F. Hélie : *Traité de l'instruction criminelle* (op. cit.), p. 526. En droit suisse, H.F. Pfenninger : *Ne bis in idem im schweizerischen Strafprozessrecht*, RPS 1914, p. 165.

²¹ R. Garraud : *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle* (op. cit.), p. 208 et ss.

²² *Idem*, p. 213 et A. Vitu : *Procédure pénale* (op. cit.), p. 445.

²³ R. Gassin : *Destinées* (op. cit.), p. 241.

²⁴ R. Garraud : *Traité de droit criminel* (op. cit.), p. 830.

conséquence de la décision, et non pour elle-même ; elle n'est donc soumise à l'exception ni en ce qui concerne sa nature, ni en ce qui concerne ses modalités d'exécution. L'exception de chose jugée interdit uniquement de nouvelles poursuites, un nouveau jugement et une nouvelle condamnation pour le fait même qui a déjà motivé une première décision judiciaire²⁵.

Une conception sans nuances de l'autorité de la chose jugée est en outre incompatible avec l'exigence de souplesse qui doit régir l'application des sanctions pénales. « Cette autorité doit céder de sa rigueur en raison des impératifs supérieurs tenant à l'éthique de la répression (exigence de l'amendement et du reclassement) et à la criminologie.²⁶ »

L'autorité de la chose jugée, déjà sérieusement battue en brèche par le pourvoi en revision et le droit des mineurs²⁷, ne peut plus être ce « mécanisme aveugle », faisant de la décision du juge « une sentence arbitraire, presque une allégorie »²⁸. Les principes classiques de la condamnation, inviolable et définitive, se sont injustement étendus à la sanction qu'il convient aujourd'hui de confier à un droit nouveau, dominé lui aussi par la légalité.

« L'autorité de la chose jugée ne doit pas s'étendre à la spécialité de la mesure prononcée dans le jugement. Cette autorité reste néanmoins intacte en ce qui concerne l'imputabilité.²⁹ »

C'est en retenant cette dernière proposition et en fixant à l'autorité de la chose jugée les seules limites que commandent ses justifications, qu'il est possible d'introduire le principe de légalité dans l'application des sanctions.

18. LE RESPECT DE LA LÉGALITÉ EN DROIT SANCTIONNEL.

Alors que Julliot de la Morandière dénonçoit, au début de ce siècle « l'abdication du législateur entre les mains du juge »³⁰, il faudrait

²⁵ H. Donnedieu de Vabres : *Traité de droit criminel* (op. cit.), p. 884.

²⁶ J. Léauté et P. Escande : *L'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal*. JCPP Vol. I, Art. 6, fasc. 11, p. 4.

²⁷ « La réalité du droit des mineurs s'harmonise difficilement avec la théorie classique de l'autorité de la chose jugée. » Ph. Robert : *op. cit.*, p. 549.

²⁸ J. Larguier : *Chose jugée*, JCP 1956, II N° 9574.

²⁹ H. Allam : *Les techniques procédurales de l'individualisation et l'autorité de la chose jugée en matière pénale*. Les techniques de l'individualisation judiciaire, Milan (op. cit.), p. 257. Cf. dans le même sens C. Gavalda : *Aspects actuels de l'autorité de la chose jugée au criminel*, JCP 1957, I N° 1.372 : « La sentence relative à la mesure ordonnée n'aurait plus l'autorité de la chose jugée. »

³⁰ M. Julliot de la Morandière : *De la règle « nulla poena sine lege »*, Paris 1910, p. 15.

dénoncer aujourd'hui, en évoquant l'évolution du droit criminel et de son exécution³¹, l'abdication du juge entre les mains du pouvoir exécutif ; car il est évident que l'administration a usurpé certains droits au détriment de la compétence naturelle, logique et juridique, du pouvoir judiciaire. Constaté ainsi que la faiblesse du pouvoir judiciaire et la puissance de l'administration ont permis un certain « glissement » de pouvoirs ou le gauchissement du principe de légalité, c'est porter une appréciation encore trop bienveillante sur la situation concrète de l'exécution des peines. En fait, il s'agit purement et simplement d'une absence presque totale de la légalité, puisqu'il est reconnu en plusieurs pays que l'administration pénitentiaire, voire l'administration générale³², ont les compétences les plus étendues pour modifier la nature et la durée des peines et mesures prononcées par l'autorité judiciaire ; dans ces conditions, le principe de légalité n'est pas respecté³³.

Le principe de telles modifications n'est pas criticable, puisqu'il est maintenant très généralement admis qu'une sanction pénale s'inscrit dans un contexte d'individualisation et de thérapie sociale qui justifie les adaptations destinées à la rendre plus conforme aux exigences d'une politique criminelle moderne³⁴. Les législations qui se rallient à cette conception prévoient dans leurs dispositions sanctionnelles de très nombreuses décisions qui ne peuvent être prises qu'en cours d'exécution et influent principalement sur la liberté du citoyen et la sécurité de la société³⁵. Ces mesures suppriment, restreignent ou attribuent certains droits au condamné. De plus le législateur a déterminé, dans la plupart des cas, les conditions d'application de ces institutions sanctionnelles. Ce qui est critiquable, en revanche, est que ces modifications, qui trouvent leur cadre dans la loi, peuvent être décidées et appliquées par l'administration hors de la légalité et sans contrôle. On peut d'autant moins l'accepter que les dispositions en cause peuvent faire l'objet d'interprétations variées, voire absolument opposées.

³¹ L. Bélym : *Le juge doit-il intervenir dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté ?* RIDP 1934, p. 343.

³² En France la libération conditionnelle (art. 730 Cppfr) reste encore, dans certains cas, de la compétence du Ministère de la justice.

³³ Stefani/Levasseur : *op. cit.*, p. 107.

³⁴ L.W. Fox : *La révision périodique du traitement prescrit*, RIPC 1953, N° 3, p. 75.

³⁵ A. Malinverni : *Aspects juridiques de l'individualisation*, in *Les techniques de l'individualisation*, Milan 1971, p. 150. On peut notamment citer l'attribution du sursis pour une partie de la peine, les congés au cours de l'exécution, la semi-liberté, la libération conditionnelle, certaines exigences imposées par la probation, etc.

Bien avant le développement de la science pénitentiaire et de ses nouvelles exigences, R. Garraud admettait que l'exécution pénale peut soulever certaines contestations, prenant un « caractère contentieux », dont la solution doit appartenir aux tribunaux : « Il est tout simple en effet que le juge, dont la sentence est l'œuvre, statue sur les questions qui naissent à l'occasion de son exécution.³⁶ » Et, depuis Garraud, la conception même des institutions pénales a subi de si profondes modifications que la nature juridique de la libération conditionnelle, par exemple, ne fait plus guère de doute : Il s'agit d'un droit « ouvert à ceux qui en remplissent les conditions légales »³⁷ et non plus d'une faveur³⁸ à la discrétion de l'administration. R. Vienne admet plus généralement que le condamné est titulaire « du droit d'être soumis au régime qui aura pour effet de le réadapter le plus rapidement possible et le plus sûrement possible à la vie sociale. C'est également pour lui un droit de voir mettre fin à sa détention, lorsqu'il ne présente plus aucun danger pour la société »³⁹. Il en est logiquement de même pour la semi-liberté, à laquelle certains condamnés ont droit⁴⁰.

Ces mutations, interprétées parfois comme d'excessives réformes pénales, n'ont pas, comme le rappellent justement M. Morris et C. Howard, pour fondement la formule « tout comprendre, c'est tout pardonner », mais bien davantage une vision nouvelle des relations de l'individu face à l'Etat⁴¹, faisant place à un rapport de droits⁴² soumis à la légalité et à l'exigence institutionnelle qu'elle entraîne : le principe juridictionnel. S'il est vrai que « la reconnaissance des méthodes de traitement pénitentiaire moderne est à la fois la cause et l'effet de l'apparition du droit pénitentiaire »⁴³, elle est également l'une des causes de la reconnaissance

³⁶ R. Garraud : *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (op. cit.), N° 494. Nous ne retenons pour l'instant, de la proposition de Garraud, que le rattachement juridictionnel des incidents d'exécution et non le choix de l'autorité judiciaire.

³⁷ R. Warlomont : *Le contrôle juridictionnel de l'application des peines*. Annales de droit et de science politique 1952, N° 134.

³⁸ Les événements de politique intérieure qu'a connus la France dès 1960, ont justifié, aux yeux de certains, le retour à une politique criminelle répressive que décrit bien la conférence du Garde des Sceaux, prononcée le 28 mars 1963 (Compte rendu RPDP 1963, p. 281 et ss.). Les décisions de libération conditionnelle marquent une très nette régression car, dit-il « la libération conditionnelle doit redevenir une mesure de faveur et n'être jamais habituelle » (op. cit.), p. 287. Cf. également J.-M. Varaut : *La prison, pour quoi faire ?* Paris 1972, p. 57 et ss. et 90.

³⁹ R. Vienne : *Le rôle du magistrat dans l'exécution des peines*. Journées franco-belgo-luxembourgeoises de science pénale, Paris 1951, p. 103.

⁴⁰ A. Gayraud : *La coercition dans l'exécution des peines*. RPDP 1968, p. 75.

⁴¹ N. Morris et C. Howard : *Studies in Criminal Law*, Oxford 1964, p. 169.

⁴² A. Gayraud : op. cit., p. 82.

⁴³ M. Ancel : *Les méthodes modernes* (op. cit.), p. 26-27.

du rôle que doit jouer le juge dans l'exécution des sanctions pénales, rôle qui s'imposait déjà dans le cadre des propositions faites par l'Ecole positiviste quant à la peine de durée indéterminée, le juge ayant alors pour tâche d'apprécier les effets de la sanction et de prononcer éventuellement la libération du condamné. « La généralisation des mesures de sûreté et du système des sentences indéterminées ont mis en pleine lumière le danger présenté par l'arbitraire de l'exécutif et souligné l'impuissance des méthodes administratives pour atteindre le but cherché »⁴⁴. Au lendemain de la dernière guerre mondiale le principe juridictionnel accompagne une vision élargie de l'exécution pénale, justifiant « l'organisation d'une branche particulière de justice, destinée à veiller au respect du droit pénitentiaire, à son interprétation et à son application »⁴⁵.

La multiplication des décisions dans l'exécution pénale, les exigences contradictoires du respect des droits individuels et des intérêts de la société, l'octroi d'un statut juridique nouveau aux condamnés et les profondes conséquences de certaines méthodes pénitentiaires sur l'individu obligent aujourd'hui à reconnaître que la légalité ne peut être assurée dans l'exécution des sanctions pénales par une application administrative discrétionnaire, souvent en opposition flagrante avec les buts assignés par le législateur et les juges à la sanction pénale. Le nœud du problème juridique en matière d'individualisation est donc la nécessité de « juridictionnaliser »⁴⁶ l'exécution pénale. C'est à cette condition seulement que la loi pénale peut être respectée de façon cohérente⁴⁷ et que la liberté et la dignité humaines peuvent être sauvegardées par un système institutionnel où le principe de légalité se confond avec le principe juridictionnel⁴⁸, jusque dans l'exécution et l'application des sanctions pénales.

⁴⁴ J. Turquet de Beauregard : *op. cit.*, p. 130 ; cf. également R. Vienne : *La notion moderne de peine* (op. cit.), p. 66.

⁴⁵ J. Pinatel : *Précis de science pénitentiaire* (op. cit.), p. 78. Cf. également P. Cannat : *Esquisse d'une juridiction pénitentiaire*, RPDP 1947, p. 159.

⁴⁶ A. Malinverni (op. cit.), p. 150.

⁴⁷ « La ferme entente organique entre la justice pénale et l'administration chargée de l'exécution de la peine est une condition absolue de l'action pour l'amendement du criminel. » F. v. Liszt : *Traité du droit pénal*, Vol. I, Paris 1911, p. 113. Cette idée se retrouve chez tous les auteurs qui soulignent que la rupture du processus pénal et les profondes divergences existant entre législateur, juge et administration pénitentiaire provoquent infailliblement l'échec de toute politique criminelle. Cf. récemment S. Plawski : *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, Milan 1971, p. 224.

⁴⁸ P. Nuvolone : *Le principe de la légalité*, RSC 1956, p. 232.

CHAPITRE VI

JUSTICE ET ADMINISTRATION : LE PARTAGE DES COMPÉTENCES

19. DISTINCTIONS.

Après avoir plusieurs fois opposé justice pénale et administration pénitentiaire et mentionné la différence de conceptions qui sépare l'acte pénal judiciaire de l'acte administratif pénitentiaire¹, il nous faut maintenant analyser quelques caractéristiques de ces actes et déterminer leur portée respective dans le domaine de l'application des sanctions pénales.

D'innombrables critères sont proposés pour distinguer l'acte administratif de la décision juridictionnelle, dont certains peuvent être écartés d'emblée ; il en va notamment ainsi de la théorie du pouvoir discrétionnaire qui est particulièrement mal adaptée à un domaine où, contrairement à ce qu'elle postule, le juge bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire étendu et où l'administration est liée par la loi. La théorie de l'action d'office n'est guère plus utile, puisque le droit sanctionnel connaît précisément des décisions devant être prises d'office par l'autorité d'exécution que l'on souhaite juridictionnelle.

Les théories plus pragmatiques, qui se fondent sur des modalités particulières selon lesquelles l'administration et la justice sont exercées, ou plus simplement encore sur les qualifications institutionnelles des organes de décision, sont très certainement plus pertinentes, quoique plus statiques.

Il est en effet incontestable que la justice est caractérisée par des décisions uniques, concrètes, sollicitées, qu'elle est une instance neutre,

¹ « Il résulte qu'entre le fait et le droit, il existe un désaccord profond et que l'organisation des peines privatives de liberté dans la loi et leur exécution dans la pratique sont deux choses bien différentes. » R. Simonnet : *op. cit.*, p. 34. « Il y a vraiment trop d'écart maintenant entre les divers modes d'exécution d'une même peine pour que la décision individuelle soit laissée à l'administration centrale ou à son personnel direct. » R. Cannat : *La politique pénitentiaire selon le Cppfr*, RSC 1960, p. 315.

tandis que l'administration agit de sa propre initiative, que ses décisions peuvent être essentiellement individuelles ou affecter un nombre indéterminé et indéterminable de personnes, qu'elle peut statuer alors même qu'elle est partie au litige. Il est non moins incontestable que « l'acte administratif est une manifestation de volonté qui émane unilatéralement d'un organe de l'Etat en tant que détenteur de la puissance publique, et qui exerce des effets juridiques dans le cas concret ressortissant au domaine de l'administration »², comme la décision juridictionnelle est une manifestation de vérité légale émanant « d'une autorité spécialement affectée à l'exercice de la juridiction »³.

On serait tenté d'en conclure que la répartition des compétences détermine, en droit sanctionnel, l'essence des actes accomplis par les instances respectives. Il nous semble plus exact de considérer, conformément à la théorie du but, que seuls les objectifs et les effets des actes judiciaires et administratifs, et non la procédure d'élaboration ou l'autorité dont ils émanent, permettent une qualification sûre : l'administration est destinée à pourvoir aux besoins du public et vise à la satisfaction d'un « besoin d'intérêt général »^{3bis}, alors que la justice a pour objectif la solution des différends et la punition des violations de la loi⁴.

L'acte juridictionnel résout donc des conflits limités tant par leur nature que par le nombre des personnes concernées ; il s'impose de façon immédiate, présente, à des données concrètes, auxquelles doivent s'appliquer des principes spécifiques d'individualisation ; il n'est d'autre part ni automatique, ni répétitif. L'acte administratif, au contraire, s'inscrit dans un cadre de gestion courante de l'intérêt public ; il peut donc intervenir *in abstracto* et ne pas s'imposer immédiatement ; il répond à des exigences générales, et n'a pas pour premier objectif la sauvegarde des droits privés, mais celle des biens publics. C'est donc le but de chaque fonction qui conduit à une différence substantielle entre l'acte administratif et la décision juridictionnelle, comme l'écrit E. Forsthoff qui reconnaît à l'administration une vocation et un « devoir de modeler la société dans le cadre de lois et sur la base du droit »⁵ différents de ceux de la justice.

Un examen plus attentif de l'acte juridictionnel (civil ou pénal) permet de déterminer les trois étapes essentielles qui le composent, à savoir la

² A. Grisel : *op. cit.*, p. 191.

³ Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris 1920, Vol. 1, p. 810. Se fondant également sur une distinction organique R. Bonnard : *Le contrôle juridictionnel de l'administration* (*op. cit.*), p. 11.

^{3bis} A. de Laubadère : *op. cit.*, p. 40. Cf. également G. Vedel : *op. cit.*, p. 16.

⁴ M.D. Stassinopoulos : *op. cit.*, 1954, p. 73.

⁵ E. Forsthoff : *Traité de droit administratif allemand* (*op. cit.*), p. 42.

constatation de la conformité d'une situation donnée avec une règle de droit, la décision « déterminée par des motifs de pure légalité ou d'équité idéale à l'exclusion de toute considération de buts administratifs ou d'intérêt général » ⁶, et enfin l'exécution, solution donnée et considérée comme la juste application de la loi. Ces trois étapes ne peuvent être dissociées et constituent l'entité de tout acte se rattachant à l'exercice de la justice, de toute décision juridictionnelle : ce concept est donc unique et parfait et ne laisse pas la moindre place pour des actes administratifs téléologiquement différents des actes juridictionnels ; ceux-ci doivent par conséquent échapper entièrement à une correction ou altération ultérieure par des actes administratifs. « L'autorité qui prononce la peine doit aussi être celle qui en dirige l'exécution » ⁷.

Le champ d'application des actes administratifs en tant que « manifestation de volonté destinée à la satisfaction des besoins quotidiens du public » est donc, en définitive, très limité dans l'exécution des sanctions pénales. Preuve en soit que certains auteurs voient dans les décisions des services pénitentiaires des actes judiciaires, car rattachés à une exécution des peines prononcées par les autorités judiciaires ⁸. Il existe donc des instructions sans effets juridiques (Anweisungen) ⁹ données par exemple en milieu pénitentiaire, ¹⁰ des actes administratifs sanctionnels, légaux et susceptibles de recours et des décisions d'exécution étroitement liées au concept de l'acte juridictionnel créateur de la sanction (condamnation), décisions qui touchent à la relation fondamentale unissant le condamné à l'Etat, et ne peuvent dès lors être abandonnées à l'administration.

Les quelques auteurs qui ont proposé, dès 1930, la participation judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales ont tous éprouvé d'évidentes difficultés à répartir les compétences entre autorités judiciaires et autorités administratives. Bien qu'il soit assurément malaisé de « concilier le corps et l'âme de la répression » ¹¹, on peut opérer certains choix en se rappelant les différences de but et d'effet des actes administratifs et judiciaires. La gestion et l'administration générales d'un établissement pénitentiaire relèvent ainsi de décisions administratives, alors que les décisions ou mesures d'exécution prises dans l'intérêt du condamné ou de la société, de nature à aggraver, adoucir ou modifier le régime de la

⁶ Carré de Malberg : *op. cit.*, p. 810.

⁷ Barrigue de Montvallon : *op. cit.*, p. 172.

⁸ J. Pinatel : *Précis de science pénitentiaire* (*op. cit.*), p. 77.

⁹ O. Mayer : *op. cit.*, Vol. I, p. 101.

¹⁰ E. Forsthoff : *op. cit.*, p. 324 : « Les ordres donnés dans le cadre d'une prison ne sont pas des actes administratifs. »

¹¹ R. Vienne : *La notion moderne de peine* (*op. cit.*), p. 82.

sanction doivent faire l'objet d'un acte judiciaire¹². Il n'est pas d'autre moyen d'assurer que les conceptions, dont s'est inspirée la décision sanctionnelle, sont respectées et constamment adaptées aux nécessités de la prévention spéciale.

La justice pénale, qui, après avoir constaté et décidé, s'en est traditionnellement remise pour l'exécution à un ordre institutionnel différent, devrait être aujourd'hui en mesure d'imposer ses conceptions à l'application des sanctions qu'elle prononce.

Le temps est venu d'instituer une cohérence souhaitable et nécessaire, en traçant des frontières nouvelles aux domaines respectifs de la décision juridictionnelle et de l'acte administratif dans l'exécution des sanctions pénales.

Un fort mouvement doctrinal s'est manifesté dans le sillage de l'évolution institutionnelle de l'Etat « raisonnable et sensé » dit de droit, tendant à soumettre l'acte administratif aux formes, aux garanties et enfin aux principes de l'acte juridictionnel. « Der Rechtsstaat bedeutet die tünlichste Justizformigkeit der Verwaltung.¹³ » Tandis que Carré de Malberg remarque que « la tendance du droit moderne est d'étendre de plus en plus l'application de la voie juridictionnelle, en la substituant, pour un nombre d'actes qui va sans cesse croissant, à la voie administrative »¹⁴, ce que confirme le développement contemporain du droit administratif et de ses juridictions¹⁵. Mais il faut aller plus loin et admettre qu'au-delà de cette assimilation formelle, la prépondérance de la stricte légalité sur toute autre préoccupation d'opportunité pratique ou d'utilité administrative, garantie toujours plus largement aux administrés, impose le contrôle juridictionnel.

A ce jour, le droit sanctionnel a presque complètement échappé à cette évolution, alors qu'il intéresse pourtant au premier chef cette liberté à laquelle le droit pénal général a depuis bientôt deux siècles accordé la protection de la forme judiciaire.

20. COMPÉTENCES.

Le processus répressif se caractérise par une succession possible d'actes juridictionnels puis administratifs, résultant d'un partage de compétences de fait. Avant même d'inquiéter le législateur, cette dichotomie

¹² Turquet de Beauregard : *op. cit.*, p. 130.

¹³ O. Mayer : *op. cit.*, Vol. I, p. 62.

¹⁴ Carré de Malberg : *op. cit.*, I, p. 809.

¹⁵ M.D. Stassinopoulos : *op. cit.*, p. 21.

anormale retient l'attention de quelques auteurs. Comme le rappelle Sliowski¹⁶, certains modérés, tel Ferri, ont admis que l'exécution des sanctions pénales engendre des conséquences juridiques, mais n'en ont pas tiré toutes les conséquences sur le plan organique ; d'autres ont plus radicalement affirmé que l'exécution ne pouvait être confiée qu'à des juges. Sans vouloir entrer ici dans le détail de toutes les opinions exprimées en ce sens, notamment au XI^e Congrès international pénal et pénitentiaire de Berlin (1935)¹⁷, on peut signaler que certains voulaient confier aux directeurs de prison la qualité de juge de l'exécution des peines et d'autres, confier l'administration générale des prisons à des juges. Ces propositions extrêmes, trop insuffisantes et peu réalistes pour que l'on s'y attarde, ne résolvent en rien les problèmes complexes et capitaux de l'autonomie et de la compétence des organes de décision.

C'est chez un auteur italien, Saccone, que Sliowski a trouvé la première ébauche d'une participation effective du juge à l'exécution de la peine. « Jadis, le juge devait être présent pendant l'exécution du verdict, et cela pour représenter en sa personne le droit de punir de l'Etat lors de l'exécution de la peine prononcée. Aujourd'hui le même principe est mis en œuvre (...), le juge doit contrôler et diriger la peine au moment de (...) son exécution, pour réaliser le principe que le droit de punir ne peut atteindre son but ultime qu'en adaptant soigneusement la peine à la personnalité changeante du condamné. »¹⁸

On doit ensuite évoquer l'importante communication de B. de Montvallon à la Société générale des prisons en 1931 sur le rôle des magistrats dans l'exécution des peines¹⁹, qui propose une solution de partage entre les compétences des autorités administratives et judiciaires en postulant la participation, sous forme de surveillance et de contrôle, du magistrat judiciaire à l'exécution des peines : il aura la direction de l'exécution morale, juridique et sociale de la peine et jouira non d'un simple droit de regard et d'avis,²⁰ mais d'un véritable pouvoir de décision, ce qui exige une autorité judiciaire constituée. En revanche, les décisions se rattachant à l'exécution matérielle directe de la peine resteront à l'administration.

¹⁶ G. Sliowski : *Caractère judiciaire ou administratif de l'exécution de la peine* (op. cit.), p. 79 et ss.

¹⁷ Actes (op. cit.), Rapports nationaux, Vol. II, p. 1 à 120.

¹⁸ G. Sliowski : *Idem*, p. 87, se référant à Saccone : *Del rapporto processuale-penale di esecuzione*, Venise 1914.

¹⁹ RPDP 1932, p. 170 et ss.

²⁰ *Idem*, p. 185.

Tout en reconnaissant l'incontestable valeur théorique des propositions fort avancées de Montvallon, on peut faire quelques réserves sur l'attribution de compétences qu'il suggère à propos des sanctions disciplinaires ; celles-ci doivent, à ses yeux, relever de l'administration, car elles sont « le corollaire nécessaire de l'autorité qui dirige un établissement ». C'est une brèche importante aux principes de répartition énoncés ci-dessus et nous ne saurions nous y rallier ; l'application du droit pénal parallèle qui frappe le prisonnier en matière disciplinaire doit également être confiée au juge, car elle fait partie intégrante de l'exécution morale et juridique de la sanction.

Les débats vont dès lors porter sur le choix d'une autorité. L'éventail des possibilités est vaste et s'étend des commissions, déjà proposées par von Liszt²¹, au ministère public, en passant par le modèle italien du juge de l'exécution et de surveillance²².

L'incontestable difficulté d'établir une stricte limite entre l'administration et la justice ne doit point entraver la détermination d'une autorité intervenant dans l'exécution des sanctions pénales ; on ne saurait non plus tourner cette difficulté en désignant ou en créant une autorité hybride qui n'aurait ni caractère administratif, ni caractère judiciaire.

Les principes généraux propres au droit sanctionnel, et qui le distinguent de la procédure et du droit pénal général, mènent à la constatation que les problèmes les plus importants de l'exécution des sanctions pénales sont de nature judiciaire et non administrative. Contrôler le respect du principe de la légalité étendu au droit sanctionnel et déterminer les modalités de sanctions impliquant une combinaison de privations et de restrictions de liberté qui affectent profondément le statut juridique du condamné, impose et délimite la compétence judiciaire : l'exécution de la peine, qui crée des problèmes relatifs à la liberté, possède un caractère purement judiciaire, et toutes les décisions qui s'y rapportent doivent être appliquées, adaptées et corrigées exclusivement par un organe juridictionnel de contrôle et de surveillance²³.

Ni la nature, ni le rôle des autorités judiciaires ne se trouvent donc modifiés par les responsabilités nouvelles qui leur sont attribuées dans

²¹ Cf. F. v. Liszt : *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (op. cit.), p. 372 ; du même auteur, cf. également *Kriminalpolitische Aufgaben*, p. 333, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (op. cit.), p. 290 et ss.

²² L'exemple italien est invoqué par de nombreux auteurs. Mais, comme ils fondent leurs distinctions et leurs attributions de compétences sur le système établi par le Cp italien, leurs critères sont fréquemment réels et non fonctionnels ; on n'en peut donc guère tirer des règles générales. Quelques exemples sont cités par G. Sliowski : RIDP 1965, p. 95 (S. Ranieri), p. 98 (U. Balzani).

²³ G. Sliowski : RIDP 1965, p. 104.

l'exécution des sanctions pénales. Leur vocation de dire le droit, de veiller à la protection des droits individuels et de l'ordre social, est simplement étendue au droit sanctionnel, l'autorité administrative retrouvant pour sa part les tâches que ses qualifications organiques et fonctionnelles lui permettent d'accomplir.

21. LE CHOIX D'UNE AUTORITÉ.

La doctrine et la législation proposent diverses manières d'aménager l'intervention judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales. Les solutions seront présentées et discutées ici sans qu'il puisse être question d'élaborer « la » meilleure solution du point de vue du droit sanctionnel, car elle dépend avant tout des données propres à chaque législation et à l'organisation institutionnelle et politique de chaque pays.

1) *Le ministère public.*

Le ministère public figure, de longue date, en première place dans les dispositions de procédure pénale relatives à l'exécution des peines²⁴. C'est ainsi la première autorité intervenant de droit après le dessaisissement de la juridiction de jugement²⁵. Malgré sa primauté dans ce domaine et les quelques propositions visant à « développer logiquement ces attributions »²⁶, la majorité des auteurs et des législations restent très réservés à l'égard d'une extension de ses compétences en matière d'exécution.

R. Garraud relève l'impossibilité de confier, à celui qui a pour principale fonction d'être accusateur dans le procès pénal, le soin de trancher les conflits provoqués par l'exécution ou soulevés par le condamné. « Le ministère public n'est, pas plus qu'un plaideur ordinaire, investi du pouvoir de résoudre les incidents (...) de l'exécution pénale »²⁷. On ne peut donc s'en remettre à lui pour des questions contentieuses dont les solutions appartiennent exclusivement aux tribunaux. Et certains auteurs considèrent le ministère public, non comme une autorité judiciaire, car il ne prononce pas de jugement, mais comme un organe administratif²⁸, donc fonctionnaire²⁹ ; mais cela ne suffirait pas à l'exclure de l'exécu-

²⁴ Art. 32 al. 1 et 707 al. 1 Cppfr, art. 451 al. 1 StPO, art. 577 Cppit.

²⁵ Merle/Vitu : *op. cit.*, p. 1242.

²⁶ R. Simonnet : *op. cit.*, p. 169.

²⁷ R. Garraud : *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (op. cit.), p. 301. Et A. Vitu : *Procédure pénale* (op. cit.), p. 378.

²⁸ T. de Beauregard : *op. cit.*, p. 35.

²⁹ M.-L. Rassat : *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris 1967, p. 41 et 45 et ss.

tion ; ce qui le disqualifie, c'est qu'il est « fonctionnaire et juge, juge et partie »³⁰ : son intervention ne sera donc ni objective³¹ ni impartiale³² dans le processus d'exécution d'une sanction qu'il a, dans la plupart des cas, provoqué et, dans tous les cas, requise et obtenue.

Ces objections essentielles, qui se fondent sur le rôle prépondérant du ministère public dans la recherche et la poursuite des auteurs de délits, et sur la façon dont s'exerce sa fonction, plaident de manière déterminante contre l'extension de l'intervention du ministère public dans l'exécution des sanctions pénales.

Quelques expériences ont pourtant été tentées, notamment en France et en Belgique, ayant pour but d'associer plus directement le ministère public à l'exécution des peines et en particulier aux décisions visant à suspendre conditionnellement ou différer l'exécution de certaines peines, voire l'exercice de l'action publique, moyennant la mise à l'épreuve du condamné ou de l'inculpé³³. Si les succès et l'étendue numérique de ces expériences furent limités, leur mérite fut double pourtant : c'est ainsi qu'est né, en France, le sursis avec mise à l'épreuve³⁴, et elles permirent de « familiariser des magistrats du ministère public et du siège avec les idées nouvelles de défense sociale, d'une politique criminelle réaliste, préoccupée autant de répression que de prévention »³⁵.

Ces expériences, considérées comme douteuses du point de vue de la légalité, mais en même temps comme « les plus audacieuses de l'Administration pénitentiaire depuis la dernière guerre »³⁶, n'ont pu imposer organiquement le rôle du ministère public dans l'exécution des peines. En 1947 déjà, le système expérimental de participation du ministère public appliqué dans deux maisons centrales françaises avait été jugé insuffisant : « Voilà un premier pas sans doute, et même un pas de géant, sur le chemin qui mène à la création d'une juridiction de l'exécution des peines. Tel quel, cependant, le système reste bâtarde »³⁷.

³⁰ R. Vouin : *Le ministère public dans l'exercice de sa « magistrature particulière »*, Journal des Tribunaux (Bruxelles), 1953, p. 81.

³¹ E. Janssens : *Synthèse de quelques aspects pratiques d'une procédure pénale adaptée à un système répressif subjectif*, RDPC 1953-54, p. 423 et ss.

³² H. Berthélemy, in RPDP 1911, p. 705.

³³ H. Bekaert : *Une expérience de probation*, RDPC 1948-49, p. 1 et ss. R. Reboul : *Grandeur et misère de l'expérience toulousaine de la « probation »*, RSC 1954, p. 497.

³⁴ J. Constant : *Les projets de loi belges instituant la probation*, RSC 1958, p. 322. R. Vouin : *La probation, mise à l'épreuve ou liberté surveillée des adultes en France et en Belgique*, RPS 1957, p. 249.

³⁵ M. Caleb : *L'expérience lilloise de la « peine différée »*, RSC 1956, p. 463.

³⁶ M. Ancel : *Réflexions sur le Cppfr de 1958*, Annales de l'Université de Liège, 1961, p. 157.

³⁷ P. Cannat : *Esquisse d'une juridiction pénitentiaire*, RPDP 1947, p. 159 et, du même auteur, *La réforme pénitentiaire* (op. cit.), p. 186.

Presque toutes les législations qui associent des magistrats à l'exécution des peines ont conservé les solutions traditionnelles du droit français et allemand et limitent l'intervention du ministère public à la procédure d'exécution proprement dite (*Strafvollstreckung*). Parmi les exceptions, on peut citer une loi luxembourgeoise de 1964, qui « charge le procureur général d'Etat de l'exécution des peines et du traitement pénologique des détenus »³⁸ ; de même en République démocratique allemande, « le ministère public exerce une surveillance sur l'exécution des peines et garantit que l'accomplissement de la peine réponde à l'objectif de la sanction et à la légalité ; il exerce en plus une surveillance sur la préparation et l'exécution de la réintégration »³⁹. Ces quelques exceptions nous confirment dans notre conviction que le ministère public ne peut se voir reconnaître de compétences décisionnelles dans l'exécution des peines.

2) *Les juridictions de jugement.*

On affirme souvent que le contentieux de l'exécution des peines est de la compétence de la juridiction qui a rendu la décision ou l'un de ses éléments contestés.

L'affirmation est exacte dans la mesure où en France, par exemple, la doctrine et la jurisprudence ont de tout temps reconnu au tribunal ou à la cour qui a prononcé une sentence la qualité de liquider « les incidents contentieux » relatifs à son exécution, comme le prévoit maintenant l'art. 710, al. 1 Cppfr⁴⁰ ; il est d'ailleurs généralement reconnu, en procédure, qu'une décision peut être corrigée, rectifiée ou précisée par la juridiction dont elle émane, même après avoir été rendue conformément aux exigences formelles de la loi. L'affirmation en cause est néanmoins trompeuse, car la notion de contentieux est, en ce domaine, très restrictive et ne comprend que « les rectifications des erreurs purement matérielles » et l'interprétation d'une décision, ou d'une clause obscure ou ambiguë⁴¹. On est donc loin du véritable contentieux pénitentiaire ou sanctionnel, qui est quantitativement et qualitativement beaucoup plus important.

³⁸ *Loi du 21 mai 1964 concernant la réorganisation des établissements pénitentiaires* : art. 2, al. 2. Par la création d'un poste de substitut spécialisé chargé de cette mission, la pratique confirme ainsi la spécificité des exigences de l'exécution.

³⁹ Cf. la « *loi sur l'accomplissement des peines privatives de liberté et sur la réintégration dans la vie sociale de détenus libérés* » (SVWG) du 12 janvier 1968. Cette loi constitue la loi d'exécution complète des sanctions pénales. *Revue de droit et de législation de la R.D.A.* 1969, N° 2, p. 53 et ss.

Cf. également : M. Bucholtz : *Le nouveau droit pénal de la R.D.A.*, RIDP 1970, p. 193 et ss.

⁴⁰ Merle/Vitu : *op. cit.*, p. 1254.

⁴¹ J. Robert : *L'exécution des sentences pénales*, JCPP art. 707-713 N° 100.

Les compétences reconnues par la doctrine et la jurisprudence à la juridiction de jugement servent de fondement aux arguments de certains partisans d'une reconnaissance plus étendue de ses attributions dans ce domaine. Cette extension se heurte pourtant à des objections nombreuses et parfois décisives. Le lieu d'exécution d'une sanction pénale est souvent éloigné du siège de la juridiction de jugement, ce qui peut entraver la communication et l'information et compliquer la comparution du condamné, qui est souvent indispensable ⁴². D'autre part, certaines juridictions siégeant avec un jury, sont spécialement composées pour le jugement de certaines causes et ne pourraient être reconstituées pour statuer sur les incidents contentieux de l'exécution pénale postérieurs à la condamnation ⁴³. Enfin, la procédure en pareil cas devrait être entièrement différente et consacrer largement le huis-clos ⁴⁴, ce qui ne sera pas toujours possible devant certaines juridictions de jugement. Ces arguments sont déterminants et il est inutile d'en invoquer d'autres, tel l'encombrement des juridictions de jugement déjà surchargées ⁴⁵.

Un seul auteur, parmi ceux qui ont approfondi l'examen de l'attribution du contentieux « pénitentiaire » ⁴⁶, semble favorable à la juridiction de jugement. Après une distinction détaillée entre surveillance, décision et administration dans l'exécution des sanctions pénales, R. Simonnet confie les décisions de ce contentieux aux tribunaux correctionnels ou aux chambres des mises en accusation lorsque la condamnation émane d'une cour d'assises ou d'appel ⁴⁷. A vrai dire, le contentieux pénitentiaire, tel qu'il le conçoit, est encore assez limité ⁴⁸ et concerne avant tout la libération conditionnelle, les mesures de sûreté, l'encellulement individuel et la relégation.

La solution selon laquelle la juridiction de jugement aurait la surveillance, le contrôle et les décisions relatives à l'application de ses sen-

⁴² Barrigüe de Montvallon : *op. cit.*, p. 190. Cet argument vaut également pour la Suisse, où l'application généralisée de concordats intercantonaux peut entraîner l'exécution pénale dans un canton différent de celui où a été rendu le jugement.

⁴³ Turquet de Beaugregard : *op. cit.*, p. 140.

⁴⁴ Solution retenue d'ailleurs par le Cppfr (art. 711, al. 1) pour le contentieux de l'art. 710, al. 1.

⁴⁵ R. Vienne : *La notion moderne de peine* (*op. cit.*), p. 106.

⁴⁶ R. Simonnet : *op. cit.*, p. 165.

⁴⁷ G. Sliwowski examine également l'éventuelle attribution de cette compétence au tribunal de la condamnation, mais l'exclut sans apporter d'arguments nouveaux (*Les pouvoirs du juge*, *op. cit.*, p. 79). Il insiste pourtant sur la nécessité, pour le « juge pénitentiaire », d'exercer son mandat au lieu même où séjourne le condamné (*op. cit.*), p. 81.

⁴⁸ Cette conception est, pour l'époque, fort avancée. Toutefois nous savons aujourd'hui que le contentieux sanctionnel comprend bien d'autres décisions.

tences paraît théoriquement répondre aux exigences d'une justice pénale cohérente. Mais, outre qu'elle pose de nombreux problèmes pratiques, on peut, plus généralement, la juger inopportune au motif que les juridictions de jugement s'inspirent encore largement de conceptions répressives plutôt que de ces conceptions thérapeutiques, socialisantes ou rééducatrices qui s'imposent lentement dans l'exécution des sanctions pénales.

Les contraintes formelles et matérielles de la procédure et du droit pénal qui s'expriment jusqu'au jugement devraient, au plus tard dès son prononcé, céder le pas à un mode d'exécution de la peine faisant appel à la collaboration du condamné. Dans l'intérêt même de la sanction appliquée, une distinction organique et naturelle s'impose donc entre deux autorités, dont les rôles sont encore très différents ⁴⁹.

Cette remarque, associée à la complexité du fonctionnement et de l'organisation des juridictions de jugement, a certes retenu bien des législateurs d'associer de telles juridictions à l'exécution des sanctions pénales. Le droit comparé démontre d'ailleurs que les compétences sanctionnelles de ces juridictions sont très réduites, ce qui confirme qu'en l'état actuel de l'organisation judiciaire, l'extension des compétences des juridictions de jugement au-delà des décisions qui sont aujourd'hui les leurs, est théoriquement et organiquement indésirable. Tel ne sera peut-être plus le cas le jour où la publicité et la collégialité ⁵⁰ ne seront plus considérées comme les garanties fondamentales des libertés individuelles dans l'exercice de la justice pénale, et où l'audience ne sera plus « un monde qui s'éteint dans un ordre qui se délabre » ⁵¹.

3) *Commissions pluridisciplinaires.*

C'est au sein de l'Union internationale de droit pénal que naquirent les premières divergences de vue concernant la compétence de prendre les décisions de justice qu'exigeait l'adoption des propositions tendant à introduire les peines de durée indéterminée. Alors que van Hamel semble

⁴⁹ Les problèmes que pose l'absence d'une telle distinction ont été mis en évidence par H. Rossi, à propos de la participation du juge français de l'application des peines à la juridiction de jugement : « Le j.a.p. est-il un magistrat répressif ou un magistrat social ? » H. Rossi : *De l'association du j.a.p. à la juridiction de jugement*, JCP 1964, No. 1833.)

⁵⁰ On sait que l'extension des responsabilités attribuées au juge unique constitue l'une des solutions proposées en France pour améliorer les structures judiciaires traditionnelles. Cf. les comptes rendus de presse d'une notice dite d'orientation de P. Arpaillange, *Le Monde*, 15 et 27 septembre 1972 et *Eléments pour une politique judiciaire*, RPD 1972, p. 361. D'un avis opposé, A. Lépine : *Une hérésie : le juge unique*, *Le Monde*, 27 septembre 1972.

⁵¹ Déclaration anonyme rapportée par *Le Monde*, 21 avril 1972.

partisan d'un jugement en cours d'exécution, von Liszt suggère la création d'une autorité spéciale ou commission pénitentiaire: « Meine Ansicht geht nun dahin, dass zweckentsprechend zusammen gesetzte Aufsichtsräte oder Strafvollzugsämter diejenige Behörde wären, welche zur entgeltigen Festsetzung der Strafdauer berufen werden könnte »⁵². La composition de cette commission, telle que la conçoit von Liszt (directeur d'établissement pénitentiaire, procureur général, juge d'instruction et deux commissaires nommés par le gouvernement), doit prévenir les objections formelles qui pourraient lui être adressées, notamment quant à la prolongation ou à la diminution de la peine : « Une décision prise par un tel organisme n'a-t-elle pas bien plus de valeur que la sommaire fixation de la peine par nos actuels jurys ? »⁵³. De plus, ces commissions auraient des tâches générales de surveillance sur les établissements pénitentiaires et sur le traitement pédagogique appliqué⁵⁴.

Historiquement, on l'a vu, les commissions pénitentiaires sont, en droit au moins, presque centenaires en France à l'époque où von Liszt les propose pour l'application de ses mesures indéterminées⁵⁵ et leur utilité, réelle ou prétendue, dans le contrôle des conditions de vie pénitentiaire et l'application d'une rééducation et d'une aide post-pénitentiaire, avait été rappelée lors du 3^e Congrès international pénal et pénitentiaire (Rome, 1885)⁵⁶. Il n'est donc pas surprenant que de telles commissions existent en plusieurs pays européens⁵⁷, chargées principalement de tâches de surveillance distante, parfois de consultation ; elles ne sont pas en relation permanente avec les établissements pénitentiaires et ne sont informées que très superficiellement du travail qui y est accompli.

La participation de juges à l'exécution des sanctions pénales peut être ainsi assurée grâce à leur association aux commissions pénitentiaires, et nombre de pays s'en contentent aujourd'hui, tels l'Autriche, la Hollande, les pays scandinaves⁵⁸ et la Belgique. Bien que la majorité des auteurs de ce dernier pays soient favorables à la participation du pouvoir judiciaire dans l'exécution des peines, la formule belge reste la commission

⁵² F. v. Liszt : *Strafrechtliche Aufsätze* (op. cit.), Vol. I, p. 333.

⁵³ *Idem*, p. 335. En revanche, A. Gautier s'opposa aux propositions de Liszt concernant la participation du ministère public et d'un juge d'instruction à ces commissions : « On peut objecter d'abord que, par la nature même de leurs fonctions, ils sont forcément portés à la défiance à l'égard des détenus » et souvent « cuirassés de scepticisme » (A. Gautier : *op. cit.*, p. 35.)

⁵⁴ F. v. Liszt : *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (op. cit.), p. 372.

⁵⁵ Cf. ci-dessus : Introduction II : la France.

⁵⁶ Negley K. Teeters : *op. cit.*, p. 57.

⁵⁷ R. Sieverts : *F. v. Liszt und die Reform des Strafvollzuges*, in F. v. Liszt : *Zum Gedächtnis*, Berlin 1969, p. 108.

⁵⁸ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 185.

pénitentiaire, qui représenterait « l'une des meilleures manières de compromettre le personnel pénitentiaire, de l'intégrer au traitement, de faire participer ses représentants aux décisions prises à chaque étape de ce traitement »⁵⁹. Cela est juste pour l'exécution des sanctions privatives de liberté, et l'évolution récente du droit français démontre la nécessité de créer, en milieu pénitentiaire, des équipes de travail disposant de compétences décisionnelles et consultatives pour l'application du traitement pénitentiaire⁶⁰. La commission pénitentiaire est une solution partielle, et l'on ne doit pas oublier ou sous-estimer le contentieux des mesures restrictives de liberté appliquées en milieu ouvert.

D'autre part, bien que la présence de magistrats dans ces commissions révèle pour certains auteurs « une tendance générale d'associer le juge à l'exécution des peines »⁶¹, cette association n'équivaut pas à une véritable participation du juge à l'exécution des sanctions pénales : si le juge n'est là que pour cautionner, par l'autorité qui s'attache à sa qualité de magistrat, la décision d'une commission⁶², son rôle est bien médiocre et n'est aucunement celui qui devrait être le sien dans l'arbitrage des conflits opposant le condamné à la mise en application des décisions de justice.

Les tâches à accomplir dans l'exécution des sanctions pénales sont très concrètes et se rapportent principalement à l'application conforme des décisions des tribunaux, à leur effet sur les condamnés, à la modification de ces décisions et à la résolution des litiges nés de l'exécution. Ces tâches, un organisme collégial, administratif, judiciaire et politique, par définition amorphe (au sens étymologique), est en fait incompétent pour les remplir. Comme le dit très justement K. Tiedemann, la solution en cause « trägt jedoch im eigentlichen Sinne nicht zu einer *Beteiligung des Richters* sondern zu einer *Teilnahme der Öffentlichkeit* am Strafvollzug bei »⁶³, ce qui est évidemment très insuffisant.

⁵⁹ C. de Briey : *op. cit.*, p. 78. Cf. également R. Charles : *Les limites actuelles de l'individualisation judiciaire et pénitentiaire des peines et des mesures de sûreté*. RIDP 1957, p. 197 et ss (notamment p. 225).

⁶⁰ Décret du 12 septembre 1972 créant des commissions de l'application des peines dans chaque prison (art. D 83-1), JO du 20.9.72.

⁶¹ Ch. Gilliéron : *Le rôle du juge dans l'exécution des peines*, RPS 1955, p. 277, à propos des commissions que connaissent certains cantons suisses romands.

L'organisation de certaines commissions pénitentiaires suisses a d'ailleurs abusé plusieurs auteurs, qui indiquent que la Suisse s'est ralliée au contrôle juridictionnel de l'exécution de la peine. Cf. R. Warlomont : *Le contrôle juridictionnel de l'application de la peine*. Annales de droit et de sciences politiques, 1952, p. 139.

⁶² Cf. en ce sens, à propos du rôle du j.a.p. dans la commission de classement, R. Lhez : *L'application de la peine privative de liberté et la participation du juge*, RSC 1958, p. 652.

⁶³ K. Tiedemann : *op. cit.*, p. 185.

A ces défauts ou lacunes, il faut ajouter les vices propres aux organes décisionnels collégiaux qui statuent sur pièces, sans que les intéressés soient toujours entendus — ce droit n'étant d'ailleurs pas reconnu dans tous les cas, ni respecté quand il est garanti — et au sein desquels les responsabilités se diluent. De plus ces organes ne peuvent assurer un fonctionnement permanent, alors qu'il s'agit pourtant de garantir le contrôle et la surveillance continus des décisions découlant du traitement sanctionnel. Les voies de recours de décisions collégiales sont en outre souvent d'un accès difficile ou excessivement formalistes. Enfin le caractère administratif lui-même de telles institutions compromet sa crédibilité auprès des justiciables, même lorsque le rôle de ces commissions n'est que consultatif, et assimilable à celui de l'expert ⁶⁴.

Pour ces raisons, nous ne sommes guère favorable à de tels organes, quelle que soit par ailleurs leur composition, qui sont particulièrement inadéquats dans la perspective qui est la nôtre, à savoir celle d'une résolution univoque du contentieux sous ses trois aspects pénitentiaire, extra-pénitentiaire et post-pénal.

4) *Les juridictions spéciales.*

La participation judiciaire à l'exécution des sanctions pénales a été assez rapidement et généralement admise dans son principe, notamment lors des grands congrès pénaux et pénitentiaires internationaux de Palerme (1933), Berlin (1935) et Paris (1937); sa forme, en revanche, n'a pas fait l'unanimité et les résolutions du congrès de Paris en particulier, révèlent une grande réticence envers l'institution d'une autorité judiciaire indépendante responsable de l'exécution pénale ⁶⁵.

Sur le plan législatif pourtant, les solutions proposées ou appliquées penchent plutôt, depuis quelque quarante ans, dans plusieurs pays, pour des juridictions spéciales. L'Italie, le Portugal, le Brésil ⁶⁶, la Finlande ⁶⁷, la France ⁶⁸ et la Pologne ont créé des tribunaux ou juges « péniten-

⁶⁴ P. Cannat : *Le contrôle de l'exécution des mesures de sûreté*, in M. Ancel (et coll.) : *L'individualisation des mesures* (op. cit.), p. 334.

⁶⁵ Actes du IV^e Congrès international de droit pénal (Paris 1937) : op. cit., p. 443.

⁶⁶ A. Bergamini Miotto : *Rapport pour le X^e Congrès international de droit pénal*, RIDP 1970, p. 445. K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 186.

⁶⁷ V. Soine : *Le système d'exécution des peines en Finlande*, in Hugueney/Ancel (op. cit.), p. 87 (not. p. 96 et 112) et I. Antilla : *Rapport pour le X^e Congrès international de droit pénal*, RIDP 1970, p. 479 (not. p. 481).

⁶⁸ En France, des éléments très pragmatiques ont été déterminants. Cf. G. Sliwowski : *Les dispositions concernant le contrôle judiciaire de l'exécution des peines en droit pénal français*, in Mélanges Hugueney (op. cit.), p. 274,

tiaires », autorités judiciaires distinctes chargées de l'exécution pénale. Le projet allemand de 1962 et le projet alternatif de 1966 prévoient également la constitution de tribunaux de l'application des peines ⁶⁹.

Il est inutile de rappeler pourquoi les décisions sanctionnelles ne peuvent être prises par des fonctionnaires administratifs, qui ne sont pas suffisamment indépendants du pouvoir exécutif, ni par les autorités judiciaires ordinaires, dont l'objectivité peut être altérée par le rôle qu'elles ont joué dans la procédure d'instruction ou de jugement, ni par des experts (psychiatres, psychologues, etc.) qui ne peuvent avoir qu'une vue partielle des problèmes de l'exécution. L'arbitrage, car tel est le rôle de l'autorité dominant l'exécution pénale, doit être dévolu à une juridiction impartiale objective et non directement impliquée dans les conflits qu'elle aura mission de trancher selon un droit distinct, en appliquant ses propres notions d'efficacité. Seule une juridiction spéciale peut évidemment remplir à ces conditions cette mission nouvelle et délicate. Sa spécificité n'est toutefois pas absolument liée à des exigences de spécialité, car il n'est pas impératif que les membres de cette juridiction possèdent une formation complète en criminologie, pénologie ou science pénitentiaire. Si « une sérieuse formation criminologique d'ensemble » ⁷⁰ s'impose, comme un intérêt marqué pour l'exécution pénale, rappelons que ces qualités générales devraient déjà être requises de tout juge pénal, ainsi que le relevait justement J. de Asua ⁷¹. Sans doute cette juridiction spéciale se transformerait-elle rapidement en juridiction spécialisée sous la pression des faits. Mais cette juridiction doit s'imposer d'abord par sa qualification sanctionnelle, destinée qu'elle est à n'intervenir qu'après la condamnation.

La reconnaissance d'un contentieux de l'exécution pénale réglé par le droit sanctionnel entraîne l'attribution, en faveur de la juridiction compétente, d'un pouvoir de trancher tout litige dont elle est saisie. Certes la constitution d'une juridiction ne se conçoit pas, en principe, sans l'attri-

et P. Cannat (*La genèse du j.a.p.*, RPDP 1967, p. 25), qui met en évidence le fait que ce sont des magistrats qui y ont pensé, suite à leurs propres expériences pénitentiaires, et qu'il fallait trouver des personnalités au moins équivalentes à celles avec qui le travail devait être entrepris (directeurs de prison et présidents d'œuvres d'assistance variées).

⁶⁹ K. Peters : *Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen*, ZStW 1969, p. 63 (not. p. 65).

⁷⁰ R. Vienne : *Essai d'organisation d'un système judiciaire d'exécution des mesures pénales*, in M. Ancel (et col.) : *Individualisation des mesures* (op. cit.), p. 303.

⁷¹ Actes du XI^e Congrès pénal et pénitentiaire (Berlin 1935), op. cit., Vol. II, p. 44.

bution de pouvoirs décisionnaires ; cette règle devait être rappelée, car sa validité est parfois contestée dans le domaine si particulier de l'exécution ⁷².

Cette juridiction ne se confinera pourtant pas dans des fonctions décisionnelles, mais devra jouer un rôle actif, direct et dynamique, notamment dans le contrôle de la procédure d'exécution et de son influence sur le condamné, comme dans l'application, la modification ou la cessation de mesures particulières du traitement pénal. N'ayant plus à apprécier la vérité du fait criminel, mais celle de l'homme, cette juridiction sera celle du temps, pour reprendre l'expression frappante de Schewin ⁷³. Cela étant, on ne saurait évidemment l'organiser sur le modèle classique des juridictions répressives ou civiles, d'autant moins que la connaissance approfondie des condamnés, des méthodes pénitentiaires, de semi-liberté ou de probation impose l'acquisition d'expériences individuelles nombreuses. « Le magistrat devra suivre personnellement le déroulement du traitement pénitentiaire et l'évolution de la mentalité du délinquant qui en résulte, aussi bien par des contacts fréquents avec le détenu lui-même qu'avec toutes les personnes qui interviennent à un titre quelconque dans l'exécution. Or il est évident qu'il ne peut être question d'exiger de tels contacts d'une juridiction soumise à la règle de la collégialité » ⁷⁴.

Cette opinion confirme la nécessité de trouver des solutions nouvelles pour la constitution d'une juridiction sanctionnelle. Certes, les adversaires du juge unique ne manquent pas, pour lesquels il est inadmissible qu'une sentence rendue par un collège de juges soit revue par un juge unique dans le cadre de son exécution ⁷⁵ et qui préconisent par conséquent des tribunaux ou des chambres pénales de l'application des peines ⁷⁶. Ce formalisme nous paraît excessif ; il se fonde sur « un argument de tradition qui n'a par lui-même aucune valeur scientifique » ⁷⁷ et qui méconnaît en outre la nature de la mission juridictionnelle au cours de l'exécution. Au demeurant, la procédure pénale ordinaire confie des fonctions importantes et décisionnelles au juge unique dans le cadre de l'instruction et il est inexact de prétendre qu'un juge unique ne peut en principe exercer que des fonctions de contrôle et de préavis : le juge unique n'est pas un inconnu de la procédure pénale. Rien ne s'oppose donc à son rôle

⁷² G. Huybrechts : *Le rôle du magistrat dans l'exécution des peines*, in Journées de science pénale (op. cit.), p. 86.

⁷³ M. Schewin : *Le rôle du j.a.p. en maison d'arrêt*, RPDP 1967, p. 39.

⁷⁴ R. Vienne : *Essai d'organisation* (op. cit.), p. 313.

⁷⁵ H. Tröndle : *Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen*, ZStW 1969, p. 106.

⁷⁶ T. Grunau : *op. cit.*, ZStW 1958, p. 518.

⁷⁷ R. Vienne : *La notion moderne de peine* (op. cit.), p. 110.

après le jugement, sinon des objections tirées de l'organisation judiciaire traditionnelle et de l'intangibilité prétendue de la sanction pénale, objections qui ne sont pas décisives pour qui se rappelle les exigences spécifiques du droit sanctionnel. Ces exigences ont d'ailleurs décidé le législateur portugais à choisir la solution du juge unique : « En agissant ainsi, il a eu en vue la facilité plus grande qu'un seul et même juge aura de connaître le délinquant, de se mettre en contact direct avec lui, pour prendre dans un esprit d'unité et de continuité toutes les mesures nécessaires à son sujet »⁷⁸.

Quant à la procédure, elle doit, elle aussi, se libérer des schémas classiques. Evitant un formalisme excessif, elle s'inspirera à son tour des conceptions propres au droit sanctionnel : individualisation souple et large indétermination. Toute décision prise en cours d'exécution ne doit pas, en effet, être nécessairement soumise à une procédure analogue à celle du jugement, car l'application ultérieure des mesures ainsi décidées s'en trouverait défavorablement influencée⁷⁹. L'initiative doit être reconnue au ministère public, au condamné et à son avocat, à tout tiers en étroite relation avec le condamné (proches, employeur, etc), ou être proposée d'office. La procédure sera si possible orale. Les garanties concernant la liberté individuelle et le respect des droits de la personne ne seront plus assurées par des systèmes désuets, tels que la publicité des débats, mais par une coopération active du condamné⁸⁰, de son avocat et des participants au traitement pénal dans le cadre d'une procédure contradictoire.

Les voies de recours posent de nombreux problèmes, dont la solution ne fait pas l'unanimité. Pour certains, le contentieux sanctionnel devrait se régler par des jugements, susceptibles d'appel, quand il s'agit de déterminer la qualité et la durée de certaines mesures prises en cours d'exécution, et par des ordonnances, non susceptibles d'appel, quand il s'agit d'apporter des modifications mineures au traitement⁸¹. D'autres s'oppo-

⁷⁸ J. Belez dos Santos : *op. cit.*, RIDC 1952, p. 416.

⁷⁹ Nous retrouvons cette même idée aux Etats-Unis où, d'ailleurs, les réticences à l'encontre d'un contrôle judiciaire de l'exécution pénale se trouvent fortement ébranlées par les exigences généralisées de protection des droits individuels : « What is needed is to provide offenders under correctional authority certain protections against arbitrary action, not to create for all correctional decisionmaking a mirror image of trial procedures. » *Task Force Report : Corrections*, New York 1967, p. 84.

⁸⁰ Par ex. art. 4 al. 1 EStVG : « Der Gefangene wird an der Planung seiner Behandlung beteiligt. Er hat daran mitzuwirken, das Behandlungsziel zu erreichen. »

⁸¹ R. Vienne : *Essai d'organisation* (*op. cit.*), p. 318. J. Pinatel : *Journées de science pénale* (*op. cit.*), p. 91. K. Peters fait également cette distinction mais en tire des conséquences concernant l'attribution de compétences de ces décisions. ZStW 1969, p. 79.

sent à toute forme d'appel⁸² en se fondant sur les inconvénients d'une procédure prolongée à laquelle seraient soumises des mesures qui doivent pourtant être appliquées rapidement, sur l'incertitude juridique, sur l'incompatibilité entre la critique ainsi possible des décisions d'exécution et le but rééducatif des mesures⁸³, sur la nature des décisions⁸⁴. Les auteurs favorables à l'appel se retrouvent d'ailleurs fréquemment parmi les partisans du juge unique en première instance⁸⁵, qui reconnaissent d'autre part que « si le condamné est entendu et peut discuter son cas, il se pliera plus facilement à la décision » et les appels seront donc peu fréquents⁸⁶, comme le confirme la pratique portugaise⁸⁷. Les projets allemands prévoient à la fois la collégialité en première instance et l'appel ordinaire, celui-ci étant déferé aux tribunaux inférieurs, « plus proches des réalités de l'exécution » que les cours d'appel⁸⁸. L'appel nous semble nécessaire si l'on admet le juge unique en première instance, mais il doit être exercé devant une juridiction collégiale restant en contact avec la réalité, et non confié à un tribunal supérieur où les faits s'effacent derrière le droit. La cassation devrait également être ouverte pour les décisions qui appliquent des dispositions précises du droit sanctionnel, conférant au condamné des droits qui peuvent être violés ou dont l'interprétation peut être erronée.

Seule une juridiction distincte répondra aux exigences nouvelles de l'exécution du droit sanctionnel, et pourra en garantir l'application. Alors peut-être, « un état d'indépendance, de compétence et d'autonomie réelle des décisions judiciaires prononcées lors de l'exécution pourra efficacement combler les lacunes et corriger toutes les fautes de la justice pénale d'hier »⁸⁹.

22. RÉPARTITION DES TÂCHES.

Confier ou plus exactement restituer à la justice ses responsabilités dans l'exécution des peines, n'est sans aucun doute pas une tâche simple, d'autant plus qu'il s'agit en fait d'établir une nouvelle répartition des

⁸² G. Sliowski, adversaire de l'appel, propose en revanche la cassation. *Les pouvoirs du juge* (op. cit.), p. 85.

⁸³ T. Grunau : *op. cit.*, ZStW 1958, p. 517.

⁸⁴ Turquet de Beauregard : *op. cit.*, p. 131. Barrigue de Montvallon : *op. cit.*, p. 192. R. Simonnet : *op. cit.*, p. 130.

⁸⁵ R. Vienne : *La notion moderne de peine* (op. cit.), p. 116.

⁸⁶ H. Tröndle : *op. cit.*, ZStW 1969, p. 107, où l'auteur s'exprime à la fois pour l'appel et contre la collégialité en première instance.

⁸⁷ J. Beleza dos Santos : *op. cit.*, p. 416.

⁸⁸ K. Peters : *op. cit.*, ZStW 1969, p. 77.

⁸⁹ G. Sliowski : *Les pouvoirs du juge* (op. cit.), p. 66.

compétences entre les autorités administratives et le pouvoir judiciaire. Les partisans d'une participation judiciaire à l'exécution ont tous apporté des solutions théoriques plus ou moins satisfaisantes : du droit d'avis confié aux magistrats à leur responsabilité pleine et entière pour l'exécution matérielle, sociale, juridique et morale de la peine, tout a été proposé. Il faut aujourd'hui esquisser une solution qui tiendra largement compte de l'acceptation toujours plus étendue d'une conception de l'exécution pénale dépendant de dispositions légales spécifiques et détaillées.

Les savantes distinctions établies par R. Simonnet entre les peines intimidantes, réformatrices ou éliminatrices, n'ont guère d'utilité, car elles l'ont conduit à des conclusions qui sont inacceptables, par exemple à rendre l'administration pénitentiaire entièrement autonome en ce qui concerne les peines d'intimidation⁹⁰, soustraites à toute intervention judiciaire. Au premier abord, cette intervention paraît mieux adaptée aux sanctions « réformatrices » ; mais qui décide la qualification de la sanction, sinon le condamné lui-même ? La vocation judiciaire s'étend donc à l'exécution de l'ensemble des sanctions pénales et non exclusivement aux sanctions thérapeutiques (au sens large). Il est donc préférable d'adopter les critères plus précis, proposés par B. de Montvallon et R. Vienne : toute mesure relative à l'exécution pénale doit comporter une décision judiciaire⁹¹, conciliant pour chaque cas les nécessités de la défense sociale avec les exigences de la protection de la liberté individuelle⁹². L'administration pénitentiaire conserve en revanche les tâches générales d'un organe strictement exécutif appliquant les décisions de la justice ; sa seule compétence est d'organiser et de gérer ses établissements et institutions.

Il ne s'agit donc pas d'un partage ou d'une direction bicéphale de l'exécution sanctionnelle, qui ne manquerait pas de créer des difficultés multiples et des conflits aigus⁹³, mais d'une répartition claire des attributions de la justice et de l'administration, au demeurant indépendantes l'une de l'autre ; on ne saurait en effet concevoir la subordination de l'une à l'autre ; dans un sens, il y a impossibilité constitutionnelle évidente, dans l'autre, incompétence de fait : la justice ne peut en effet être chargée de tâches imprécises ou trop générales, comme celles qui consis-

⁹⁰ R. Simonnet : *op. cit.*, p. 151.

⁹¹ Barrigues de Montvallon : *op. cit.*, p. 177.

⁹² R. Vienne : *La notion moderne de peine* (*op. cit.*), p. 80.

⁹³ R. Simonnet les avait prophétiquement dénoncés comme l'inévitable conséquence d'une solution ambiguë (*op. cit.*), p. 147. La France semble les avoir vécus dans certains établissements pénitentiaires en janvier 1972. Cf. *la crise de l'administration pénitentiaire*, *Le Monde*, 21 janvier 1972.

teraient à surveiller, contrôler ou superviser l'action d'ensemble de l'administration.

Les solutions seront trouvées grâce au lien logique qui unit contrôle judiciaire et légalité dans l'exécution des sanctions pénales. En effet, les dispositions pénales sanctionnelles du droit de fond se caractérisent par une souplesse croissante, due à la multiplication des modalités d'exécution cumulativement ou successivement applicables. Cette légalité est l'œuvre du législateur qui détermine ainsi les limites générales de la sanction et esquisse l'éventail des modalités, dont le choix est, lui, réservé à l'autorité judiciaire d'exécution, à laquelle doit être reconnue la compétence exclusive d'individualiser concrètement la sentence. Son action d'office portera d'abord sur les modifications des modalités d'exécution, en tenant compte des exigences personnelles du condamné, des effets du traitement pénal et des dispositions générales du droit sanctionnel. Son activité de contrôle s'étendra au respect des droits reconnus aux condamnés pénaux.

Pour sa part, l'administration sera chargée de l'application des décisions prises en cours d'exécution pour chaque condamné, et son action devra s'inscrire dans le cadre légal déterminé par la législation et la juridiction pénitentiaire ou sanctionnelle.

23. TÂCHES DE LA JURIDICTION SANCTIONNELLE.

L'étendue des tâches de la juridiction sanctionnelle dépendra d'abord des normes juridiques constitutionnelles, légales et réglementaires, ayant des incidences directes ou indirectes sur l'application des sanctions pénales et le statut du condamné, mais aussi, et dans une très large mesure, des moyens matériels mis à la disposition de la justice pénale et de l'administration pénitentiaire (personnel qualifié et institutions spécialisées). Il est toutefois possible d'établir le cahier des charges sommaire d'une telle juridiction, qui distinguera l'activité d'office s'étendant au droit sanctionnel au sens strict et l'activité de contrôle, destinée à protéger les droits des condamnés.

Cette juridiction se verra confier tout d'abord les décisions sanctionnelles pénitentiaires, telles que le choix de l'établissement où s'exécutera la peine, en fonction de la spécialité de l'établissement et des caractéristiques individuelles du condamné, les transferts ultérieurs, de même que les changements importants du régime progressif et plus particulièrement l'accès à la semi-liberté ou sa suppression et l'interruption plus ou moins longue de la privation de liberté (permission de sortir, congé, visite, maintien des relations avec l'extérieur et respect des obligations sociales,

familiales ou judiciaires) devraient également lui être confiées⁹⁴. La juridiction sanctionnelle décidera de la libération conditionnelle, de la fixation d'un délai d'épreuve, de sa prorogation, de l'établissement des obligations et des règles de conduite de mise à l'épreuve, et de la révocation de la libération conditionnelle. Cette juridiction aura également à accorder la réduction de peine, récemment introduite en droit français, sur le modèle des institutions anglo-saxonnes de la « remission » et du « good time »⁹⁵. Par analogie, toutes les décisions qu'implique l'application des mesures de sûreté seront de sa compétence.

Enfin, l'exécution de peines sous forme d'emprisonnement discontinu⁹⁶ peut également entraîner certaines décisions confiées à la juridiction sanctionnelle⁹⁷.

La nature juridique de l'institution du sursis étant elle-même discutable, et d'ailleurs discutée, nous serions enclin à le considérer comme un mode d'exécution *sui generis* de la condamnation pénale, et prêt à reconnaître à la juridiction sanctionnelle la compétence d'attribuer ou de refuser le sursis, cette faculté étant en conséquence retirée à la juridiction de jugement. Pour choquante qu'elle puisse paraître, cette proposition, associée à l'exclusion de toute limite maximum de durée de peine, devrait être étudiée à la lumière de la pratique actuelle des tribunaux qui déci-

⁹⁴ Certains j.a.p., en France, regrettent de ne pouvoir intervenir en milieu pénitentiaire dans le domaine disciplinaire ; des propositions ont été avancées, notamment par M. Aydalot, afin de rendre le j.a.p. responsable du pouvoir disciplinaire (Journées d'études des j.a.p. — non publié — Vaucresson, mars 1972). En Allemagne, le projet de loi d'application de 1971 confirme le rôle exclusif du chef de l'établissement en matière disciplinaire (art. 96 EStVG), sous réserve du recours au tribunal de l'application des peines (art. 99 EStVG).

On peut signaler qu'en Suisse, le code pénal neuchâtelois de 1940 avait érigé en délit l'évasion simple, afin de soustraire de tels actes à la répression disciplinaire, pour la confier à « un juge indépendant de l'administration et obligé de tenir compte des circonstances personnelles (art. 63 CPS) » et chargé « de prononcer une peine qui devra s'exécuter selon le régime humain imposé par le CPS, qui exclut la souffrance physique » (F. Clerc : *De la répression de l'évasion simple*, RPS 1965, p. 81).

⁹⁵ Sur la « remission » en droit anglo-saxon, cf. R. Cross : *Punishment, Prison and the Public*, Londres, 1971 ; même auteur : *The English Sentencing System*, Londres, 1971, p. 76 et N. Walker : *Crime and Punishment in Britain*, Edimbourg 1965, p. 154.

⁹⁶ Appliqué par le droit des mineurs en Allemagne, cf. Dallinger/Lackner : *Jugendgerichtsgesetz*, Berlin 1965, ad art. 90, et Maurach : (op. cit.), p. 925. Ainsi qu'en Angleterre, cf. N. Walker : *Crime and Punishment in Britain* (op. cit.), p. 187 et H. Williams : *The English Penal System in Transition*, Londres 1970, p. 352. Pour la Belgique : P. Cornil : *Une expérience pénitentiaire belge : les arrêts de fin de semaine et la semi-détention*, RDPC 1962-63, p. 607.

⁹⁷ Un avant-projet français sur les arrêts de fin de semaine et l'emprisonnement discontinu confie les décisions d'application de ces peines au juge de l'application des peines. Cf. Schmelck/Picca : op. cit., p. 222.

dent du sursis en fonction de la gravité du délit et non de la personnalité du délinquant⁹⁸, tandis qu'une juridiction axée sur la prévention spéciale attribuerait avec plus de discernement le sursis. En tout état, la juridiction sanctionnelle se prononcera sur l'établissement, la modification ou la suppression des obligations et règles de conduite, sur l'avertissement en cas d'inobservation des conditions du sursis, sur sa révocation et sa radiation.

Le recouvrement des peines pécuniaires, sous toutes ses formes (jour-amende⁹⁹ ou à versements échelonnés), et leur conversion peuvent justifier des décisions judiciaires sanctionnelles¹⁰⁰.

Enfin, tout au long de ce que certains ont appelé le procès d'exécution, la juridiction sanctionnelle sera compétente pour protéger les droits du condamné. Dans ce cas, elle sera saisie par le condamné à la suite d'actes, de refus ou d'omissions des organes de l'administration pénitentiaire

⁹⁸ M. Ancel s'est déjà élevé contre l'application systématique du sursis, sans égard pour la personnalité du délinquant, ce qui est en opposition flagrante avec la sélection que requiert le sursis et son objectif essentiel qui est l'individualisation. Cf. M. Ancel : *L'évolution de la notion d'individualisation*, in Mélanges O.A. Germann, Berne, 1959, p. 192. Et, dans le même sens, Baumann/Melzer : *Peines pécuniaires échelonnées en tant que postulat et instrument d'une individualisation pénale efficace*, in Les techniques de l'individualisation judiciaire, Milan 1971, p. 317.

⁹⁹ Sur le système des jours-amendes, cf. I. Strahl : *Les jours-amendes dans les pays nordiques*, RSC 1951, p. 59, et E. Bustin : *Le système des jours-amendes et l'exemple des pays scandinaves*, RDPC 1954-55, p. 39. Et pour un développement des nouvelles dispositions du code pénal suédois de 1965 sur ce sujet (Chap. 25 du Cp suédois), I. Strahl : *Quelques aspects du nouveau code pénal suédois*, RSC 1967, p. 413.

¹⁰⁰ Les raisons invoquées en faveur de l'amende sont multiples et tiennent tant à la nature pécuniaire de cette peine, qu'au fait qu'elle permet une réaction répressive, sans entraîner d'effets secondaires fâcheux ; et elle évite la contrainte d'une resocialisation, parfois inutile, tout en permettant une réaction sociale lorsqu'elle s'impose. C'est pourquoi le projet alternatif allemand de 1966 lui consacre des dispositions tout à la fois originales et détaillées, permettant une individualisation extrême de la peine pécuniaire. Les décisions de son application, telles que réduction, remplacement par des prestations en travail ou par la privation de liberté, remise de peine (art. 52 à 54 AE) sont confiées au tribunal de l'exécution (Strafvollstreckungsgericht) prévu par le projet alternatif. Cf. notamment Baumann/Melzer : *Peine pécuniaire échelonnée en tant que postulat et instrument d'une individualisation pénale efficace* (op. cit), p. 311. Et J. Baumann : *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlin, 1968.

Sur l'aménagement de l'amende comme substitut des courtes peines, cf. J. Baumann : *Entwurf eines StGB*, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, N° 274/275 § 35, Tübingen, 1963. K. Lackner : *Der Allgemeine Teil des künftigen StGB in der Auseinandersetzung*, JZ 1963, p. 617 (not. p. 619). Eb. Schmidt : *Ein Gegenentwurf zum Entwurf eines StGB - 1962*, MDR 1963, p. 629 (not. p. 630). K. Lackner : *Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege*, JZ 1967, p. 513 (not. p. 518).

ou extrapénitentiaire (service d'assistance ou de probation). Ce contrôle pourra s'étendre aux droits de diverses natures, tels que les droits personnels, patrimoniaux, civils et civiques, ou sociaux.

C'est ainsi que « quand un élément nouveau de la pénalité apparaîtra, quand naîtra un conflit quelconque dont l'issue pourra modifier la situation juridique du condamné, ou produire un effet assez considérable sur ses droits subjectifs, la justice, seule compétente, devra être saisie et se prononcer ¹⁰¹.

¹⁰¹ G. Sliowski : *Les pouvoirs du juge* (op. cit.), p. 53.

DEUXIÈME PARTIE

LES SOLUTIONS EXEMPLAIRES

INTRODUCTION

L'apport du droit comparé dans les diverses disciplines juridiques a enrichi de nombreuses législations, tout en frayant la voie à des unifications devenues indispensables. L'importance de la méthode comparative est donc incontestable même lorsqu'elle est appliquée dans le but de formuler des propositions *de lege ferenda*. L'étude d'institutions étrangères et la description de leur fonctionnement fournissent en effet des modèles parmi lesquels il faut ensuite discerner ce qui est nécessaire ou judicieux et peut être retenu, et ce qui est inopportun ou inadéquat et doit être écarté, en se gardant d'oublier que dans le domaine de l'organisation judiciaire, chaque pays a son système propre qui est difficilement exportable. De plus, l'analyse de la pratique relative à des institutions nouvelles et diverses éclaire la discussion théorique de leurs avantages et inconvénients respectifs et peut dans cette mesure guider le choix de la solution législative envisagée.

Il se justifie donc d'examiner quelques droits qui ont étendu à l'application des sanctions pénales les garanties offertes par le pouvoir judiciaire. Parmi ces droits, nous avons choisi nos exemples en fonction, non de nos préférences personnelles, mais des parentés et filiations des systèmes juridiques, de l'originalité de chacune des expériences tentées et, enfin, de l'information existant à leur sujet.

Nous avons d'abord étudié l'Italie, dont la législation pénale, héritière du positivisme, introduisait simultanément, en 1930, les mesures de sûreté, un large pouvoir d'interprétation au juge pénal et le contrôle judiciaire dans l'exécution des peines ; le Portugal, qui créa en 1941, quelques années après sa grande réforme pénitentiaire, les tribunaux pénitentiaires ; la France, qui depuis la dernière guerre, accomplit progressivement la réforme de ses institutions pénitentiaires et consacrait, en 1958, le juge de l'application des peines ; la Pologne, qui, la première, édictait en 1969 un code d'exécution, entraînant la création de tribunaux pénitentiaires ; l'Allemagne enfin, dont les projets législatifs à l'étude, ne font que confirmer l'intérêt et l'actualité du contrôle judiciaire dans l'exécution des peines.

CHAPITRE PREMIER

L'INTERVENTION JUDICIAIRE DANS L'APPLICATION DES SANCTIONS PÉNALES EN ITALIE

24. CADRE LÉGAL ET ORGANISATION JUDICIAIRE.

Malgré les critiques dont il fait l'objet depuis la fin de la dernière guerre, le code pénal de 1930 qui, pour certains, « reflète les exigences d'un Etat de police et non pas celles d'un Etat de droit »¹, est toujours en vigueur, ainsi que les dispositions réglementaires, concernant le système pénitentiaire. Quelques modifications ont néanmoins partiellement transformé l'aspect de certaines institutions, telle la libération conditionnelle². Des réformes, plus profondes, sont en cours depuis plus de dix ans³.

Le code pénal italien a été, on le sait, l'un des premiers à introduire un système intégralement dualiste. Il consacre de nombreuses dispositions aux « mesures administratives de sûreté », applicables, pour une durée indéterminée dont le minimum légal varie selon la sanction, aux « personnes socialement dangereuses » (art. 203 Cpit), en particulier aux délinquants « par tendance », aux délinquants d'habitude et aux irresponsables. La nature même de ces mesures commandait presque nécessairement d'organiser une autorité décisionnelle intervenant en cours d'exécution. On a estimé que le respect de la liberté individuelle ne pouvait être garanti sans la participation de magistrats à des décisions ayant de profondes incidences sur le statut juridique du condamné. Seul un organe juridictionnel peut donc exactement assurer, en cours d'exécution,

¹ S. Majan : *Le rôle du juge dans la détermination et l'application des peines*, RIDP 1970, p. 561.

² G. Vassalli : *La fonction rééducatrice de la peine et la libération conditionnelle*. Etudes pénologiques dédiées à la mémoire de Sir L. Fox, La Haye 1964, p. 220.

³ G. Tartaglione : *Projet de loi italien portant réforme du système pénitentiaire*, RSC 1961, p. 411 et ss.

la mise en œuvre d'une loi qui définit toutes les phases de l'application de ces mesures ⁴.

On a également fait valoir que « le juge ne saurait se désintéresser des résultats de sa décision en vue de protéger la société contre la récidive » ⁵. Dans son rapport au Congrès de Paris, G. Novelli insiste d'autre part sur les droits subjectifs du condamné ⁶, qui peuvent provoquer des incidents d'exécution que seul un juge a la compétence de trancher ⁷.

Plusieurs autorités judiciaires peuvent, de droit, intervenir dans l'exécution des sanctions pénales. Les procureurs sont chargés d'exercer une « surveillance générale sur les établissements pénitentiaires, afin d'assurer une stricte observation des lois, des règlements et la protection des droits des détenus » ⁸.

L'action de contrôle et de surveillance effective sur les peines et mesures relève de deux juges, dont il faut distinguer les compétences : le juge de jugement, qui est, au-delà de la condamnation, juge de l'exécution (art. 628 Cppit) et intervient principalement dans le cadre de la procédure établie pour en régler les incidents ; le juge de surveillance (art. 144 Cpit et art. 585 Cppit), qui est chargé de suivre tous les condamnés pendant l'exécution des peines et mesures et prend les décisions nécessaires à la protection de la société et à la réinsertion sociale des condamnés.

25. LE JUGE D'EXÉCUTION.

L'autorité de jugement (collège de juges ou juge unique) ⁹ prend après la condamnation les décisions qui ressortissent au contentieux d'exécution et règle les « incidenti riguardanti l'esecuzione dei provvedimenti » (art. 628 Cppit), tout en garantissant le respect des droits subjectifs (diritti soggettivi) reconnus par la loi. Cependant, la notion même de l'incident

⁴ G. Novelli : *La nouvelle législation pénale et pénitentiaire en Italie* (op. cit.), p. 16.

⁵ P. de Casabianca : *Code pénal du Royaume d'Italie*, traduit, annoté et précédé d'une introduction, Paris 1932, p. 21.

⁶ La conception des droits subjectifs, selon Novelli, s'étend à toutes les modalités de la sanction prévue par la loi et affecte donc également les mesures.

⁷ G. Novelli : *op. cit.*, RIDP 1937, p. 586 et 591. Le code de 1930 ne fit que développer une règle antérieure qui permettait au condamné, sous certaines conditions, de faire appel au juge en cas d'incident d'exécution. (K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 42.)

⁸ G. Tartaglione : *op. cit.*, RSC 1961, p. 414.

⁹ Le juge d'exécution peut donc être représenté par une juridiction collégiale ou un juge unique, selon la composition du tribunal au moment de la condamnation. V. Manzini : *Istituzioni di diritto processuale penale*, 8^e éd., Milan 1941, p. 124.

n'est pas définie par les textes¹⁰ ; or, comme c'est en fonction de cette qualification que sont réparties les compétences du juge de l'exécution et celles du juge de surveillance, les attributions respectives sont difficiles à déterminer : il existe entre les unes et les autres des « nuances quelquefois imperceptibles »¹¹. Etant donné toutefois que les modalités essentielles de l'exécution prévues dans la loi constituent des droits subjectifs, le juge d'exécution se prononcera sur la révocation de la suspension conditionnelle de la peine ou de la libération conditionnelle, sur les peines accessoires, le cumul de peines, la conversion des peines pécuniaires et l'inscription au casier judiciaire¹². Il est donc responsable de l'exécution objective de la sentence et ne s'occupe pas de l'adaptation individualisée d'une condamnation.

La procédure de l'incident d'exécution est définie aux art. 628 à 631 Cppit : elle est contradictoire et l'assistance d'un défenseur est admise ; l'ordonnance rendue peut être attaquée en cassation par le condamné ou le ministère public et le pourvoi n'a pas d'effet suspensif.

26. LE JUGE DE SURVEILLANCE.

Le juge de surveillance ne constitue pas une juridiction. Il fonctionne seul et ses attributions sont territoriales. Il exerce sa surveillance sur les condamnés qui subissent une peine ou une mesure dans le ressort du tribunal dont il dépend. Aux termes de la loi, il surveille l'exécution des peines privatives de liberté, statue sur l'admission au travail à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire ou sa révocation et donne son avis en matière de libération conditionnelle (art. 144 Cpit). Toutes ses autres compétences, notamment quant aux mesures de sûreté, sont fixées par le règlement pénitentiaire de 1931, qui précise également les modalités de la surveillance exercée par le juge. Ce dernier est donc chargé « non seulement de veiller à ce que le traitement des condamnés et des internés soit conforme à la loi, mais encore de suivre chaque sujet pendant l'exécution de la sanction pénale »¹³. Il assure en quelque sorte l'exécution matérielle de la condamnation et en garantit l'individualisation.

Son rôle varie selon le domaine dans lequel il s'exerce : il a des tâches administratives d'inspection ; il est consulté sur les mesures adminis-

¹⁰ « La materia degli incidenti di esecuzione non è definibile a priori », E. Florian : *Principi di Diritto processuale penale*, 2^e éd., Turin 1932, p. 533. G. Leone : *Elementi* (op. cit.), p. 416.

¹¹ F. Bricola : RIDP 1970, p. 370.

¹² G. Novelli : op. cit., RIDP 1937, p. 583 et ss. G. Leone : *Trattato di diritto processuale penale* (op. cit.), p. 525.

¹³ G. Tartaglione : *Le système pénal et pénitentiaire italien*, BAP 1962, p. 221 et ss.

tratives qui ne sont pas de sa compétence ; il prend certaines décisions pénitentiaires ou relatives aux mesures de sûreté.

Sa fonction d'*inspection* l'oblige à visiter tous les deux mois les établissements de son ressort et à faire rapport au Ministère des grâces et de la justice. Mais il ne peut contrôler l'ensemble du fonctionnement d'un établissement pénitentiaire. Il lui est en outre impossible de donner des ordres aux fonctionnaires de prisons, car il n'existe aucun rapport de subordination entre juge et administration¹⁴. Il se borne donc à constater l'application conforme de la loi et des règlements.

Ses fonctions *consultatives* s'exercent en matière de libération conditionnelle et de grâce. Le juge de surveillance est en effet tenu de transmettre son avis au Ministère des grâces et de la justice, qui reste compétent pour octroyer la libération conditionnelle (art. 176 Cpit)¹⁵. Mais si la demande de libération lui paraît infondée, le juge peut s'y opposer. Lorsque celle-ci est accordée, le juge de surveillance est chargé de contrôler le détenu libéré ; il est donc consulté en cas de requête en révocation de la libération conditionnelle. Il est enfin consulté en matière de grâce, qui relève du Président de la République.

Les pouvoirs de *décision* du juge de surveillance doivent être distingués selon qu'ils s'exercent sur les peines ou sur les mesures. Leur nature et la procédure sont en effet différentes.

a) *Peines.*

Le système pénitentiaire italien est fondé sur une spécialisation très poussée, mais théorique, des établissements¹⁶. Le juge de surveillance peut donc, en cours d'exécution des peines, opérer des transferts dans des établissements particulièrement adaptés aux conditions personnelles des condamnés¹⁷ (art. 40 règlement pénitentiaire), qu'il s'agisse d'établis-

¹⁴ G. Leone : *Trattato* (op. cit.), p. 512.

¹⁵ Cette situation a été depuis longtemps critiquée, comme elle le fut en France, car la libération conditionnelle, qui s'accorde sur la base de conditions légales, y est aussi considérée par certains auteurs comme un droit. De plus, de telles procédures soustraient cette mesure à tout contrôle judiciaire. Cf. F. Falchi : *op. cit.*, Vol. II, p. 200, et Vol. III, p. 299, et P. Nuvolone : *Le rôle du juge dans la détermination et l'application des peines*, RIDP 1970, p. 110.

¹⁶ G. Vassalli et C. Erra : *Le système pénitentiaire italien*, in Hugueney/Donnedieu de Vabres/Ancl (op. cit.), Vol. I, p. 226. G. Novelli : *La nouvelle législation* (op. cit.), p. 105.

¹⁷ « Le plus important de ces devoirs, du point de vue de la resocialisation du condamné, est indiscutablement celui de la sélection des condamnés et du choix du régime d'incarcération graduel et différencié (...) Ce devoir, confié au juge de surveillance, fait de cet organe, tout au moins en intention, le centre de propulsion d'une exécution pénale orientée vers un but de rééducation. Hélas, la réalité du système pénitentiaire ne correspond à ces intentions que dans de rares cas. » P. Nuvolone : *op. cit.*, RIDP 1970, p. 110.

sements dont le régime est plus strict, d'établissements adaptés à certaines infirmités constatées après la condamnation ou encore d'établissements destinés à l'exécution d'une fin de peine dans des conditions de relative liberté, associée à une mise à l'épreuve. Certaines de ces décisions revêtent un aspect disciplinaire incontestable (art. 52, 53, 227, 230, 231 et 233 règlement pénitentiaire) : elles n'en sont pas moins prises, il faut le souligner, par le juge de surveillance sur avis de la direction et non par le conseil de discipline de l'établissement.

Enfin le juge de surveillance protège certains droits patrimoniaux du condamné, et statue sur les réclamations concernant le pécule reçu et les frais d'entretien des condamnés malades remis en liberté.

Les décisions du juge de surveillance dans le cadre de l'exécution des peines font l'objet d'ordres de service¹⁸, révocables à tout moment, qui ont un caractère administratif prépondérant. C'est du moins ce que précisent les textes et ce qu'admettaient de nombreux auteurs¹⁹. La doctrine a cependant évolué et qualifie maintenant différemment les décisions du juge de surveillance²⁰.

Sauf exception, les ordres de service du juge de surveillance ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Ce magistrat est en outre absolument indépendant de l'administration et jouit donc, dans l'accomplissement de ses tâches, d'une très grande liberté.

b) Mesures.

Le juge de surveillance est le maître²¹ des mesures de sûreté : il peut en effet, après la condamnation, prononcer des mesures de la compétence des juridictions de jugement ou disposer de compétences propres qui lui permettent de décider, prolonger, modifier ou supprimer les mesures de sûreté, en fonction de l'état de périculosité supposé du condamné (art. 635 Cppit). Il faut donc distinguer ses compétences, exercées lorsqu'une mesure de sûreté obligatoire n'a pas été prononcée par la juridiction de jugement, et que des informations ultérieures prouvent que ses conditions d'application sont réunies, et les cas pour lesquels la mesure est facultative : le juge de surveillance se prononce alors en cours d'exécution de

¹⁸ V. Manzini : *Istituzioni* (op. cit.), p. 331. E. Florian : *op. cit.*, p. 531.

¹⁹ « Il giudice di sorveglianza esercita una funzione essenzialmente ammisurativa. » V. Manzini : *Diritto processuale penale*, 2^e éd., Turin 1942, p. 116.

²⁰ « Malgré la volonté clairement exprimée du législateur d'assigner au juge de surveillance la qualité d'un organe administratif, il faut admettre que, dans les limites de ses fonctions décisionnelles, il est investi d'une fonction juridictionnelle. » G. Leone : *Trattato* (op. cit.), p. 518.

²¹ P. Vengon et M. Darmon : *Aspects caractéristiques de l'exécution des peines et des mesures de sûreté en Italie*, RSC 1969, p. 116 et ss.

la peine ou à l'échéance de celle-ci si l'état physique ou psychique du condamné justifie l'une des mesures prévues par la loi.

L'éventail offert au juge (art. 225 Cpit) comprend des mesures privatives de liberté, exécutées sous forme d'internement dans des établissements agricoles, des maisons de travail ou des maisons de soins ou de surveillance, et des mesures non privatives de liberté, telles que la liberté surveillée ou l'interdiction de séjour.

A l'expiration de la durée minimum fixée par la loi, le juge de surveillance décide si la mesure doit cesser, être prolongée ou modifiée. Ces décisions sont importantes et difficiles²², car elles supposent un diagnostic de périculosité (probabilité de rechute et non simple possibilité, suivant l'art. 203 Cpit²³) et doivent en quelque sorte cataloguer le condamné; le délinquant d'habitude (art. 102 Cpit), le délinquant professionnel (art. 105 Cpit) et le délinquant par tendance (art. 108 Cpit) sont en effet légalement présumés dangereux. La constatation de l'état socialement dangereux se fait pour toute mesure de sûreté et peut entraîner la fixation d'un nouveau délai, inférieur ou égal au minimum légal. Le juge peut ultérieurement procéder en tout temps à de nouvelles constatations (art. 208 Cpit) et décider la cessation de la mesure²⁴.

Lorsque le tribunal de jugement a prononcé une mesure de sûreté, le juge de surveillance en est saisi et en dirige l'application. Il est, en pareil cas, seul maître de la durée de la mesure et de ses modalités d'exécution.

Le juge de surveillance peut aussi ordonner un régime permettant « d'apprécier la conduite du délinquant à l'épreuve de la vie libre »²⁵ et, par exemple, accorder des permissions de sortie de plusieurs semaines selon les motifs invoqués et les cas. « Le juge de surveillance décide alors de l'octroi de certaines récompenses influant sur la situation juridique de l'interné à un degré tel que pareille décision ne peut en aucun cas être laissée à l'appréciation du directeur de l'établissement »²⁶. Selon l'interprétation actuelle, ces possibilités réglementaires doivent être utilisées, non pas simplement pour décerner des récompenses liées au mérite et à la conduite de l'intéressé, mais pour permettre l'application, à des fins de

²² Selon P. Nuvolone ce jugement est « extrêmement délicat et aléatoire », en raison de « la faiblesse des moyens scientifiques, de l'inexistence d'une organisation technique appropriée, et de l'absence de prévision légale des cas de périculosité (*op. cit.*, RIDP 1970, p. 110).

²³ G. Leone : *Elementi* (*op. cit.*), p. 153.

²⁴ P. Vengon et M. Darmon : *op. cit.*, p. 118. P. Nuvolone : *La personnalité du délinquant dans le code pénal italien* (dactyl.). Faculté internationale de droit comparé, Luxembourg 1959, p. 9.

²⁵ P. Vengon et M. Darmon : *op. cit.*, p. 117.

²⁶ G. Sliwowski : *Les pouvoirs du juge* (*op. cit.*), p. 297.

prévention spéciale, de certaines méthodes nouvelles de traitement non prévues par les textes.

Les décisions que le juge de surveillance prend dans l'exécution des mesures de sûreté sont assorties de certaines garanties juridictionnelles. Ce juge peut agir d'office et n'est pas soumis aux principes généraux de procédure pénale concernant la réforme des jugements : « il met en échec le principe de l'autorité de la chose jugée sans qu'il puisse apparaître pour autant comme une juridiction d'appel, statue de son propre chef sans requête et en dehors des délais généralement fort courts accordés aux parties au procès »²⁷ ; il reste pourtant juridictionnel²⁸ : la procédure est contradictoire, le ministère public et l'intéressé y participent et des possibilités d'appel et de revision sont prévues (art. 635 à 640 Cppit.) Ses décisions sont toujours motivées en droit et en fait.

27. CONCLUSIONS.

L'examen détaillé des tâches accomplies par le juge de surveillance a démontré que le cadre dans lequel une partie de la doctrine le confinait en ne lui reconnaissant que la compétence de protéger les intérêts légitimes des condamnés, était infiniment trop étroit et peu compatible avec la réalité de l'exécution pénale. Ceci nous amène à douter de l'intérêt et de la valeur d'une sélection trop abstraite des droits et intérêts légitimes dont la protection ne pourrait être assurée par la même institution judiciaire.

Le fait de charger un juge de surveiller l'exécution des peines et des mesures de sûreté constituait assurément, en 1930, « une expérience hardie que le législateur italien a eu le courage d'introduire dans le code »²⁹.

La pratique et l'organisation judiciaire ont démontré qu'il fallait aller plus loin encore et les réformes en cours, qui concernent surtout le règlement pénitentiaire, se justifient essentiellement par l'autonomie croissante du droit pénitentiaire³⁰, qui est précisément l'œuvre d'un juge au statut encore incertain, et trop souvent considéré encore comme organe admi-

²⁷ P. Vengon et M. Darmon : *op. cit.*, p. 118 et 119.

²⁸ Certains ont estimé que la compétence du Ministère des grâces et de la justice (art. 207, al. 2 et 3 Cpit) de révoquer avant le terme minimum les mesures ordonnées permet de qualifier d'administratives les tâches du juge de surveillance. Il faut, techniquement seulement, assimiler cette révocation à une grâce qui n'a donc aucun effet sur la nature juridictionnelle de la décision qu'elle concerne, car on sait que la grâce est incompatible avec toute mesure d'un système cohérent de défense sociale (cf. P. Nuvolone : RIDP, p. 111).

²⁹ G. Novelli : *La nouvelle législation pénale* (op. cit.), p. 16.

³⁰ P. Vengon et M. Darmon : *op. cit.*, p. 119.

nistratif³¹. La reconnaissance définitive de son statut juridictionnel aura donc inévitablement pour conséquence de renforcer la position du juge de surveillance³². Mais il ne pourra continuer d'agir seul et sans l'aide de spécialistes. Alors que les textes actuels donnent incontestablement l'impression d'un magistrat désincarné, omniscient, mais impuissant, des textes nouveaux devraient prévoir que le juge de surveillance peut s'entourer d'une équipe de spécialistes³³, dont il garderait la direction, qu'il consulterait en cas de décision et à qui il pourrait déléguer certaines de ses tâches dans l'application des méthodes de traitement déterminées. Ces aménagements seraient particulièrement souhaitables si l'on se rappelle les conséquences, pour la liberté individuelle, des décisions que le juge peut prendre en matière de mesures de sûreté.

Dans l'euphorie d'une institution naissante, quelques auteurs ont imaginé que la garantie juridictionnelle suffisait à prévenir les dangers inhérents à de telles décisions. « Il est certain que, confiée à une personnalité revêtue d'un caractère officiel, jouissant du haut prestige de la magistrature, offrant des garanties morales indiscutables, ayant des connaissances juridiques et soumise à une responsabilité effective vis-à-vis de l'Etat, les fonctions de contrôle seront mieux et plus fidèlement remplies que par un collège de citoyens indépendants, n'ayant guère à leur actif que leur bonne volonté »³⁴. Or le système est aujourd'hui contesté. Moins que le système juridictionnel, il est vrai, la doctrine critique au premier chef la légalité des mesures de sûreté elles-mêmes³⁵, qui sont d'ailleurs en nette régression depuis une quinzaine d'années³⁶.

Ces critiques doctrinales et cette réticence jurisprudentielle démontrent que la garantie juridictionnelle est nécessaire, mais non suffisante³⁷, pour assurer le respect des libertés individuelles.

³¹ Par exemple C. de Briey : *op. cit.*, p. 33.

³² P. Nuvolone : *La personnalité du délinquant* (*op. cit.*), p. 17.

³³ Pour des conclusions analogues et la proposition d'une juridiction pénitentiaire composée de criminologues, psychologues et médecins, cf. G. Brulliard : *Le premier rapport annuel du Conseil supérieur de la magistrature italienne sur la « réalité sociale et l'administration de la justice »*. RIDC 1971, p. 129.

³⁴ L. Bélym : *Le système pénitentiaire italien*, RDPC 1934, p. 262.

³⁵ Cf. le rapport de G. Bettiol dans « *Stato diritto e misura di sicurezza* », Padoue 1962.

³⁶ Ce que met en évidence G. Vassalli : *L'expérience des mesures de sûreté en Italie*. L'évolution du droit criminel contemporain (Recueil d'études à la mémoire de J. Lebreton), Paris 1968, p. 195 et ss. Et comme le laisse entendre P. Cannat, les dispositions concernant le fonctionnement de la surveillance des peines et des mesures n'ont pas fait l'objet, en Italie, « d'une réelle et constante application » (P. Cannat : *Les apports du droit comparé au droit pénitentiaire*. Un siècle de droit comparé en France, Paris 1969, p. 310).

³⁷ P. Nuvolone : *op. cit.*, RIDP 1970, p. 112.

CHAPITRE II

LE TRIBUNAL DE L'EXÉCUTION DES PEINES AU PORTUGAL

INTRODUCTION.

Contrairement à ce que son appellation donne à entendre, le tribunal de l'exécution¹ n'intervient, au Portugal, ni pour orienter ou surveiller l'exécution pénale, ni pour trancher les conflits d'intérêts qu'elle peut provoquer², ni pour exécuter des décisions prises par d'autres instances³ ; il se borne à compléter certaines peines en cours d'exécution⁴ et prend donc place, dans l'organisation judiciaire portugaise, à côté des juridictions de jugement, sans restreindre en rien leurs compétences.

28. ORGANISATION.

Le Portugal semble avoir songé, dès 1943, à confier à des juges l'octroi, la durée et la révocation de la libération conditionnelle. Considérant que ces décisions exigent une connaissance particulière du condamné, un dévouement et une expérience éclairée, qu'elles doivent être spécialement préparées et imposent des contacts personnels et répétés avec toutes les personnes intéressées, le législateur portugais a judicieusement choisi d'en charger des juges spéciaux ; « le climat des tribunaux ordinaires, leur procédure, leurs audiences, est tout à fait différent de l'ambiance qui

¹ Sa création a pour base légale une loi du 16 mai 1944, complétée par décrets-lois en 1945.

² J. Beleza dos Santos : *op. cit.*, p. 401.

³ C. de Briey : *op. cit.*, p. 34.

⁴ Aussi a-t-on songé à le baptiser « tribunal complémentaire » (ce qui a toutefois été jugé trop imprécis) ou « tribunal de sûreté », car ses fonctions sont étroitement liées, pour partie, au moins, à l'application des mesures de sûreté ; mais, comme le relève à juste titre Beleza dos Santos, cette dernière dénomination « pourrait induire en erreur au sujet de l'esprit dans lequel ses fonctions doivent être exercées » (*op. cit.*, p. 403).

convient aux investigations et aux décisions des juges d'exécution des peines »⁵. Ce choix ne faisait pourtant pas l'unanimité et certains eussent préféré des commissions de spécialistes, voire un tribunal collégial. La solution retenue en définitive institue un juge unique en première instance et un tribunal collégial pour les recours. Elle répond ainsi à la nécessité pratique de maintenir un contact très étroit et très direct entre le justiciable et l'autorité judiciaire associée à l'exécution des sanctions pénales, tout en assurant d'autre part les garanties de contrôle et d'égalité de traitement qu'offre une juridiction de recours⁶.

29. FONCTIONS.

Le juge et le tribunal de l'exécution des peines ne participent pas à l'exécution pénitentiaire de la peine et ne s'immiscent donc pas dans l'administration et la gestion des prisons. Le choix du travail, les visites, la correspondance, les peines disciplinaires sont de la compétence exclusive de l'administration pénitentiaire. « On pense, chez nous, que cette intervention du tribunal pourrait être nuisible à l'autorité, au prestige de la direction de l'établissement, et que même elle pourrait rendre trop hésitante son initiative »⁷.

Le juge de l'exécution intervient donc en cours d'exécution ou à l'expiration d'une peine, lorsque certains faits, en rapport avec la personnalité du condamné, paraissent exiger une décision nouvelle. La sanction, prononcée lors de la condamnation, est provisoire et susceptible de révision. Ce qui explique que « l'application de la peine se trouve aspirée par la phase judiciaire et est, dans le domaine subjectif, ce qu'est l'instruction dans le domaine objectif »⁸. Le juge de l'exécution peut donc, selon l'état dangereux, prononcer, modifier ou faire cesser certaines mesures de sûreté, c'est-à-dire modifier ou prolonger la peine initiale, la convertir en mesure ou y mettre fin si l'amendement est atteint. Cette flexibilité de la peine et cette indétermination avaient été introduites par la réforme pénitentiaire de 1936, accompagnées d'un mécanisme de contrôle de type administratif⁹, dont les textes actuels se sont inspirés.

⁵ J. Beleza dos Santos : *op. cit.*, p. 415.

⁶ On peut d'ailleurs remarquer qu'au lendemain de la loi de 1944, le Portugal se proposait de ne créer qu'un tribunal de recours pour tout le pays (P. Cannat : *Droit pénal et politique pénitentiaire au Portugal*, Paris 1946, p. 35).

⁷ J. Beleza dos Santos, *op. cit.*, p. 402.

⁸ P. Cannat : *Droit pénal et politique pénitentiaire au Portugal* (*op. cit.*), p. 34.

⁹ K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (*op. cit.*), p. 186.

Le juge portugais de l'exécution a des fonctions plus limitées que celles du juge de surveillance italien. Il peut pourtant, lui aussi, déclarer dangereux certains délinquants dont la périculosité n'avait pas été constatée par le tribunal de condamnation, faute d'informations suffisantes sur ce point. Le délinquant d'habitude, l'alcoolique, l'anormal et le vagabond peuvent ainsi être frappés d'une mesure de sûreté prononcée directement par le juge de l'exécution, qui agit alors comme un véritable « tribunal de sûreté », dont le but principal est la prévention spéciale¹⁰ ; la détention et le traitement sont en pareil cas prolongés jusqu'à l'obtention d'une meilleure resocialisation, ou d'une diminution de l'état dangereux. Ces mêmes décisions peuvent être prises à l'expiration d'une peine, la détention étant alors prorogée avec un examen périodique de ses résultats. Le juge de l'exécution peut enfin ordonner ou révoquer la libération conditionnelle, qui n'est pas conçue comme une concession ou une faveur, mais comme une modalité de l'exécution des peines et mesures de sûreté, et qui est d'ailleurs obligatoire pour certains condamnés.

Malgré la stricte délimitation des compétences respectives des juges et de l'administration pénitentiaire, Beleza dos Santos laisse entendre que les juges de l'exécution, grâce à leurs fonctions et leurs connaissances pénitentiaires, sont consultés et peuvent ainsi influencer des décisions administratives concernant le genre de travail à confier à un condamné, ou son placement dans tel ou tel établissement pénitentiaire¹¹.

Pour pallier les faiblesses certaines du juge unique en première instance, lors de décisions portant gravement atteinte aux libertés individuelles, le législateur portugais a organisé une voie de recours dont la compétence est attribuée à une autorité collégiale : le tribunal d'exécution des peines. Toutefois « les décisions prises en première instance ne sont susceptibles de recours que si elles ordonnent une prorogation de la peine ou de la mesure ou une révocation de la libération conditionnelle, c'est-à-dire si elles aggravent la situation du sujet »¹². Ce même tribunal est compétent en matière de réhabilitation des condamnés, et est consulté avant l'exercice du droit de grâce¹³. Il est enfin seul habilité à prononcer des mesures de sûreté contre certains individus dangereux, qui, sans être des délinquants, ont une conduite asociale ou anti-sociale, soit les vagabonds, les mendiants professionnels et les souteneurs¹⁴.

¹⁰ P. Cornil : *Le déclin de la césure dans le procès pénal*. Etudes en l'honneur de J. Beleza dos Santos, Coimbra 1966, p. 219.

¹¹ J. Beleza dos Santos : *op. cit.*, p. 415.

¹² P. Cannat : *Droit pénal et politique pénitentiaire au Portugal* (*op. cit.*), p. 35.

¹³ J. Beleza dos Santos : *op. cit.*, p. 416.

¹⁴ C. de Briey : *op. cit.*, p. 35.

Le juge de l'exécution des peines n'intervient donc qu'en matière de privation de liberté, sans avoir pourtant la compétence de fixer les étapes du système progressif, ni même de participer à l'élaboration des décisions que nécessite ce système de traitement. Son action n'est sollicitée qu'en présence d'éléments justifiant la reconnaissance de l'état dangereux et lorsque la privation de liberté est directement affectée par une mesure la prorogeant ou l'interrompant.

Ce rôle modeste ne semble pas devoir être élargi. En effet, le projet de code pénal portugais de 1963, qui met l'accent sur les sanctions non-institutionnelles¹⁵, et précise notamment que le tribunal de jugement prononce de préférence des peines qui n'impliquent pas la détention (art. 84), ne fait nulle mention du juge de l'exécution et ne prévoit pas son concours dans l'application des sanctions non institutionnelles¹⁶; la condamnation conditionnelle (art. 64), qui peut s'accompagner de certaines obligations et la probation (art. 68) sont, quant à leur octroi et à leur révocation, de la compétence des juridictions de jugement.

Le juge portugais de l'exécution des peines a une activité pénitentiaire limitée et ses compétences ne sont point encore sanctionnelles au sens où nous l'entendons.

30. CONCLUSIONS.

Il est évidemment périlleux de porter une appréciation sur une institution sans en connaître exactement le fonctionnement pratique au moment où on l'analyse. Disons donc simplement que la solution portugaise représente d'un point de vue théorique, l'une des manières possibles de régler le problème du contrôle judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales. Cette solution n'est cependant guère satisfaisante.

Le juge portugais « se borne ainsi à constater la réussite ou l'échec du traitement appliqué par l'administration »¹⁷, traitement sur lequel il n'a aucune prise ; il est donc tout à la fois obligé de s'intéresser à l'exé-

¹⁵ E. Correia : *La prison, les mesures non institutionnelles et le projet de code pénal portugais de 1963* (t.à.p. avec en annexe le projet de la partie générale), Coimbra 1965. E. Correia : *Grundgedanken der portugiesischen Strafrechtsreform*, ZStW 1964, p. 232 et ss. H.-H. Jescheck : *Principes et solutions de la politique criminelle de la réforme pénale allemande et portugaise*. Etudes en l'honneur de J. Bezeza dos Santos (op. cit.), p. 433 et ss. E. Correia : *Der Einfluss Franz von Liszts auf die portugiesische Strafrechtsreform*, ZStW 1969, p. 745.

¹⁶ E. Correia : *La prison* (op. cit.), p. 64 et ss. Ajoutons que le projet officiel de 1966, encore à l'étude, ne fait pas non plus allusion au juge ou au tribunal de l'exécution.

¹⁷ C. de Brier : *op. cit.*, p. 38.

cution des peines et empêché de participer aux décisions qui rendent le traitement conforme à l'esprit de la sentence. Cela ne manque pas d'étonner dans un système qui reconnaît très largement certains principes de défense sociale.

Un contrôle aussi distant de l'exécution paraît insuffisant ou inefficace, voire impossible, s'il ne s'accompagne pas de réelles fonctions de contrôle et de surveillance sur l'ensemble de l'exécution des sanctions pénales¹⁸. La responsabilité judiciaire doit être directement engagée dans le processus sanctionnel, considéré comme un tout et non fragmenté en fonction de la nature ou du mode d'exécution des sanctions, ou de certaines décisions¹⁹.

¹⁸ G. Sliowski critique également la conception trop étroitement juridictionnelle du juge portugais de l'exécution (RIDP 1970, p. 598).

¹⁹ Sur la place du juge portugais en droit comparé : P. Cannat : *Les apports du droit comparé au droit pénitentiaire*. Un siècle de droit comparé en France. Paris 1969, p. 311.

CHAPITRE III

LE JUGE FRANÇAIS DE L'APPLICATION DES PEINES ¹

INTRODUCTION.

Magistrat du siège sans juridiction, successeur du juge dit de l'exécution, le juge de l'application des peines, né avec l'article 721 du Cppfr de 1958, est l'homme orchestre de la répression pénale : juge social, chef de service, éducateur, surveillant, conseiller, président et confesseur, ses attributions sont tellement hétéroclites, qu'elles ne peuvent être classées de manière systématique. Son statut, d'autre part, est resté très ambigu ² jusqu'à la réforme de procédure de décembre 1972, puisqu'il était à la fois intégré à la hiérarchie traditionnelle de la magistrature et nommé comme j.a.p. directement par le ministre de la justice pour une durée limitée et révocable rapidement. Le j.a.p. est aujourd'hui nommé dans des conditions identiques à celles du juge d'instruction, ce qui confère dès lors à sa fonction une certaine sécurité. Enfin, la nature même, administrative ou judiciaire, de certaines de ses décisions est douteuse. Ajoutons, pour compléter l'inventaire des contradictions, qu'il est souvent le magistrat le plus dépourvu de moyens matériels et financiers alors pourtant que, selon la doctrine officielle, c'est de lui que dépend le succès des modifications apportées au régime pénitentiaire.

Ses premières tâches se rattachent d'ailleurs au « paradoxe pénitentiaire » ³ : le j.a.p. détermine « les principales modalités du traitement

¹ Les articles et ouvrages spécialement consacrés au j.a.p. figurent en annexe, et constituent une bibliographie séparée.

² Ce statut était en partie justifié par la méfiance que cette nouvelle fonction éveillait auprès de certaines autorités, dont l'administration pénitentiaire. « Le j.a.p. qui écoute, voit, s'informe, contrôle, rencontre, agit, ce juge est dangereux. C'est pourquoi d'ordinaire on le neutralise. » J.-M. Varaut : *La prison, pour quoi faire ?*, Paris 1972, p. 184.

³ J. Léauté : *op. cit.*, p. 109.

pénitentiaire, en accordant notamment le placement à l'extérieur, la semi-liberté et les permissions de sortir » (Art. 722 Cppfr). Il décide de l'admission aux différentes phases du régime progressif et a, depuis peu, certaines compétences en matière de libération conditionnelle. Cette action doit permettre à l'application des sanctions d'atteindre ses objectifs généraux : « favoriser l'amendement des condamnés et préparer leur reclassement social » (Art. 728 al. 2 Cppfr.). Mais le j.a.p. ne peut se substituer entièrement à l'administration pénitentiaire, qui a vocation principale à l'exécution des peines ; « il est des points précis et importants qui sont placés hors du champ d'action du j.a.p. » ⁴.

Le rôle du j.a.p. s'étend à l'application des mesures non institutionnelles, et il est étroitement lié, en ce domaine, à l'introduction du sursis avec mise à l'épreuve par le Cppfr. de 1958 : le j.a.p. est en effet « chargé de veiller à l'exécution d'une sentence qui dispense le délinquant de l'exécution de la peine, mais le soumet à toute une série d'obligations qui sont des substituts destinés à favoriser sa réadaptation et son reclassement » ⁵. Le j.a.p. peut, d'autre part, sanctionner dans une certaine mesure la violation des obligations de la mise à l'épreuve.

31. DÉCISIONS AFFECTANT LA PRIVATION DE LIBERTÉ ET SES MODALITÉS.

Il existe, en France, quelques maisons centrales où s'applique un régime dit progressif ⁶, comportant quatre phases distinctes dont l'accès dépend en partie des exigences d'une exécution individualisée de la peine. Observation (isolement cellulaire), classement et travail en trois catégories (amendables, inamendables et douteux), phase d'amélioration ou de confiance et semi-liberté constituent les étapes de ce régime. Elles imposent des décisions d'affectation et de promotion prises par le j.a.p. au sein d'une commission de classement, qu'il préside, comprenant le chef de l'établissement, le sous-directeur, le surveillant-chef, l'assistant social, les médecins ou psychiatres. « Il est donc permis de penser qu'en fait, sinon en droit, la décision prise est collégiale » ⁷. La prépondérance des fonctionnaires de l'administration pénitentiaire est évidente, bien que le Cppfr.

⁴ X. Hourcade : *L'action du j.a.p.* (op. cit.), p. 7.

⁵ M. Jambu-Merlin : *Rapport pour le X^e Congrès international de droit pénal*, RIDP 1970, p. 501.

⁶ Sur le régime progressif (art. D. 97) : Schmelck/Picca (op. cit.), p. 244, et J. Léauté (op. cit.), p. 783. J. Pinatel : *Le système progressif*, Etudes en l'honneur de J. Belez dos Santos, Coimbra 1966, p. 1 et ss. B. Dutheillet-Lamonthezie : *Le j.a.p. en maison centrale à régime progressif*, RPDP 1967, p. 591 et ss.

⁷ G. Marc : *L'exécution des mesures en milieu fermé*. Les techniques de l'individualisation judiciaire (Travaux français), op. cit., p. 240.

confère expressément au j.a.p. la responsabilité personnelle des mesures déterminant ce traitement. La réalité peut donc être assez différente⁸. Le j.a.p. décide, dans les mêmes conditions, du placement en chantier extérieur (Art. D 119 Cppfr.); le détenu est alors occupé hors des bâtiments pénitentiaires, mais sous la surveillance effective et constante du personnel pénitentiaire. Une certaine confiance lui est ainsi accordée, conformément à son mérite. Cette mesure fait en quelque sorte également partie du système progressif.

Le j.a.p. s'est vu attribuer, par la loi du 29 déc. 1972, la compétence de réduire le temps d'incarcération si la peine prononcée est inférieure à trois mois; l'examen pour l'octroi de la réduction de peine a lieu chaque année et la décision est prise par le j.a.p. après avis de la commission de l'application des peines. Cette mesure est donc de nature disciplinaire, « élément de calme et d'ordre », fondée avant tout sur la bonne conduite en prison, mais assortie toutefois de la garantie judiciaire^{8 bis}.

Enfin, la décision de libération conditionnelle, restée si longtemps de la compétence du ministre de la Justice en dépit de toutes les critiques et propositions de réforme⁹, vient d'être partiellement attribuée au j.a.p. Elle perd ainsi son caractère de faveur pour devenir une mesure autonome de reclassement en milieu libre. Lorsque la peine n'exède pas trois ans, la libération conditionnelle peut être accordée par le j.a.p.; dans les autres cas, la procédure habituelle de préavis du j.a.p., avec décision du ministre de la Justice, est maintenue¹⁰.

⁸ C'est ce que laisse entendre X. Hourcade en mentionnant que les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire connaissent souvent mieux les détenus que les j.a.p. (*L'action du j.a.p.*, op. cit., p. 29) et sont donc mieux à même de décider.

^{8 bis} B. Dutheillet-Lamonthézie : *Les modifications récentes du régime d'exécution* (op. cit.), p. 577. J.-M. Coulon : *La loi du 29 déc. 1972* (op. cit.), N° 13 à 18. J. Robert : *La loi du 29 déc. 1972 et l'évolution du droit pénal*, JCP 1973 I N° 2525. De même que les remarques très nuancées sur l'institution, de G. Marc : *Premières réflexions sur la réduction de peine*, RSC 1973, p. 157.

⁹ Déjà le projet de révision du code d'instruction criminelle (dit projet Matter) de 1938 tendait à associer aussi étroitement que possible le pouvoir judiciaire à la procédure d'attribution (art. 564) de la libération conditionnelle. Cf. J. Magnol : *De quelques dispositions du projet français de révision du code français d'instruction criminelle en matière d'exécution des peines*. Studi in memoria di A. Rocco, Vol. II, 1952, p. 151 et ss. J. Pinatel : *Le rôle du juge dans l'exécution des peines*, Journées de science pénale (op. cit.), p. 92.

Pour la décentralisation et la judiciarisation de la libération conditionnelle, cf. J. Siméon : *Rapport pour le XII^e Congrès pénal et pénitentiaire international* (1951), Actes dudit (op. cit.), Vol. V, p. 332, et L. Pons : *Le traitement en milieu ouvert*, in *Le fonctionnement de la justice* (op. cit.), p. 136. Et, dans le même sens : *Rapport du groupe de travail « j.a.p. »* des commissions de réforme pénitentiaire, 1972.

¹⁰ Circulaire du Ministre de la Justice du 30.12.1972, complétant la loi du 29.12.1972 tendant à simplifier certaines dispositions de procédure pénale et précisant la nouvelle teneur de l'art. 730 Cppfr.

Comme en matière de sursis probatoire, le j.a.p. peut ordonner l'arrestation du libéré conditionnel qui ne respecte pas les conditions posées à sa libération.

Outre ces décisions, qui touchent directement et durablement les modalités d'application de la peine, (dont certaines rendent relativement indéterminée la durée de la peine) le j.a.p. peut en prendre qui ont trait à la situation personnelle et à la vie familiale du condamné.

Il s'agit d'abord de l'autorisation de mariage, qui n'a évidemment ni pour but, ni pour effet de conférer au détenu la capacité juridique de contracter mariage, mais qui tend à faire « respecter une des prérogatives essentielles de la personne humaine, à laquelle ne saurait porter atteinte une condamnation pénale »¹¹ : l'ordonnance du j.a.p. ne fait que régler les modalités d'exercice de ce droit.

Les autorisations de sortie sont également accordées par le j.a.p. Elles doivent permettre au condamné de maintenir, dans des conditions aussi normales que possible, ses relations avec le monde extérieur : des circonstances familiales graves, la visite à un employeur éventuel, un examen professionnel ou médico-psychologique, la comparution devant une juridiction peuvent justifier de telles permissions ; elles sont également utilisées afin de préparer un futur libéré à sa réinsertion sociale ou pour entretenir des liens familiaux (Art. D 144 nouveau).

Le j.a.p. garantit donc, dans ce domaine, le respect des droits reconnus aux condamnés, dans des limites que la loi fixe néanmoins de façon très étroite, comme le montrent précisément les dispositions sur les permissions de sortie.

32. LE J.A.P. EN MILIEU OUVERT.

Plus encore que la prison, où pour certains le j.a.p. reste un intrus¹², le milieu ouvert offre à ce magistrat « le meilleur des champs d'action »¹³, car il est chargé de mettre tout en œuvre pour le succès des mesures de traitement non institutionnelles : « il canalise une action qui est floue dans ses limites et dans sa nature, pour la maintenir dans la rigueur

¹¹ X. Hourcade : *L'action du j.a.p.* (op. cit.), p. 17.

¹² J. Chazal dénonce ce mouvement tendant à faire du j.a.p. le bouc émissaire des événements ayant secoué les prisons françaises de Clairvaux, Toul et Nancy en automne et hiver 1971-72, dans un article intitulé : « *Le j.a.p. ... un intrus* » (Justice 72, N° 16, p. 26).

¹³ X. Hourcade : *L'action du j.a.p.* (op. cit.), p. 105. M. Jambu-Merlin (op. cit., p. 504) est d'un avis opposé, estimant que le j.a.p. a un rôle plus large dans l'exécution des mesures de détention.

nécessaire du droit ; il garde à la probation sa valeur de sanction pénale » ¹⁴.

Pour donner une image exacte du rôle du j.a.p. en matière de probation ¹⁵, il faut signaler d'emblée que le j.a.p. peut siéger dans la juridiction qui l'ordonne, ces deux fonctions n'étant pas incompatibles selon les principes généraux de l'organisation judiciaire. Tel a d'ailleurs été le cas à l'origine, pour des raisons d'économie ; puis une tendance très nette s'est dessinée en faveur de cette participation du j.a.p. à la décision de probation. La finalité de la justice répressive peut en effet exiger que le j.a.p., qui exécute et contrôle le sursis avec mise à l'épreuve, participe à son prononcé, car ses expériences concrètes, sa connaissance des probationnaires, son aptitude à déterminer au mieux les obligations auxquelles il convient de soumettre le condamné, lui confèrent en la matière une compétence particulière ¹⁶. D'autre part, le sursis probatoire est constitué de mesures restrictives de liberté importantes, qu'il convient de décider de façon prudente et judicieuse ¹⁷.

Une fois prononcés, le sursis et les obligations générales et spéciales cataloguées aux art. R. 56 à R. 59, qui doivent être adaptées aux exigences particulières du traitement probatoire requis, le j.a.p. est chargé de l'application et peut « modifier, aménager ou supprimer les obligations » (art. 741 Cppfr.) soumises au condamné. Ces obligations, limitativement énumérées par la loi, concernent l'activité professionnelle, la résidence, la soumission à des mesures médicales de traitement, le respect des charges familiales et des obligations civiles provoquées par l'infraction, de même que des principes de conduite, tels que l'abstention de boissons alcoolii-

¹⁴ L. Pons : *La situation actuelle de la probation*. Journées d'études des j.a.p. (op. cit.), p. 91.

¹⁵ Jusqu'en 1958, la France ne connaissait que le sursis simple, institué par la loi Bérenger du 28 mars 1891, permettant au juge de suspendre la peine prononcée pourvu que le condamné ne commette pas de nouveau crime ou délit pendant la période d'épreuve, et en l'effaçant définitivement une fois subie avec succès l'épreuve. Depuis lors, le juge dispose d'une nouvelle méthode évitant au condamné « la corruption pénitentiaire » : c'est le sursis avec mise à l'épreuve, dont les conditions d'octroi sont un système d'assistance et le respect d'obligations destinées à protéger le condamné pendant le délai d'épreuve, de la récidive. Cette institution remplit ainsi les conditions spécifiques de la probation (suspension conditionnelle de la peine, sélection, traitement et surveillance) et le sursis avec mise à l'épreuve français est couramment désigné du terme de probation.

Cf. *La probation et les mesures analogues*, Melun, 1953, p. 3 et ss. R. Berger : *Le système de la probation anglaise et le sursis conditionnel*, Genève, 1953. Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 227, et J. Léauté : *op. cit.*, p. 797.

¹⁶ H. Rossi : *De l'association du j.a.p.* (op. cit.).

¹⁷ X. Hourcade (*l'action du j.a.p.*, op. cit.) est également favorable à la participation du j.a.p. à la décision de condamnation (p. 125).

ques, de paris, de la fréquentation de maisons peu recommandables, de complices et des victimes de l'infraction (en cas d'attentat aux mœurs). Le j.a.p. doit en outre prodiguer l'assistance matérielle et morale nécessaire au succès de la probation : « les mesures d'assistance ont pour objet de susciter et de seconder les efforts du condamné en vue de son reclassement social et notamment de sa réadaptation familiale et professionnelle » (art. R 57). C'est ce qui a fait dire à certains que le j.a.p. est le service après-vente de la justice !¹⁸.

L'abrègement du délai d'épreuve requis par le condamné, le ministère public ou le j.a.p., de même que la révocation du sursis lorsque la conduite du probationnaire est mauvaise, ou lorsque celui-ci ne respecte pas ses obligations, sont de la compétence du tribunal et non du j.a.p.

Le j.a.p. n'est donc pas, en droit, le maître absolu de la mise à l'épreuve, comme le prétend Malherbe¹⁹, mais il l'est souvent en fait, grâce à une action qui dépasse très largement le cadre strictement juridique.

33. TÂCHES NON DÉCISIONNELLES DU J.A.P.

Le j.a.p. a des tâches subsidiaires assez considérables. Il préside le comité de probation, où il joue le rôle de chef d'un service public judiciaire, disposant d'une équipe composée d'agents de probation, de secrétaires, d'assistants sociaux et de délégués bénévoles ; c'est d'elle que dépendent les aspects concrets de la probation, mais aussi de l'assistance aux libérés (conditionnels, relégués et interdits de séjour).

En milieu pénitentiaire, il doit visiter régulièrement les établissements de son ressort. Il fait, de droit, partie de la commission de surveillance des prisons, est consulté pour le règlement de la prison, peut examiner les registres et reçoit toutes les circulaires et instructions générales destinées aux services extérieurs de l'administration pénitentiaire. « Ainsi en contact avec les chefs d'établissements, l'assistant social et encore l'éducateur, l'instituteur, les médecins, le moniteur, le chef d'atelier et les détenus, il est renseigné sur cet univers et se trouve en mesure de faire part de ses observations et de ses suggestions au Garde des Sceaux, par un rapport annuel, mais encore d'animer les activités dirigées (séances récréatives, instructives, création d'un terrain de sport, etc), les mesures d'assistance d'ordre moral, matériel, médical »²⁰.

¹⁸ M. Hennion : *op. cit.*, p. 335.

¹⁹ J. Malherbe : *op. cit.*, p. 647

²⁰ R. Vialatte : *Le service de l'application des peines* (*op. cit.*).

Ces tâches impliqueraient que l'on reconnaisse au j.a.p. des pouvoirs nouveaux, dont il ne jouit pas encore en milieu pénitentiaire, et que l'administration pénitentiaire verrait d'ailleurs sans doute d'un mauvais œil. Il est notoire, en effet, que des conflits de personnes, de pouvoirs et de conceptions même de la politique pénitentiaire opposent le j.a.p. aux services pénitentiaires, à cause ou en dépit du fait que le j.a.p. n'est pas chargé de contrôler le fonctionnement de l'appareil pénitentiaire, mais de suivre l'exécution des décisions des tribunaux ²¹. L'exécution des peines fermes dépend donc encore très largement de l'administration, et le j.a.p. y est « tributaire de l'intendant » ²², infériorité que son seul statut de magistrat ne parvient pas à compenser.

34. NATURE DES DÉCISIONS DU J.A.P.

Le j.a.p. peut prendre de multiples décisions dont il faut préciser la nature, après avoir rappelé certains principes généraux.

Le j.a.p. est un magistrat du siège qui statue de façon indépendante, dans des formes rarement prescrites par la loi et sans devoir rendre compte à quiconque. Ses décisions sur l'application des peines ne concernent pas le fonctionnement d'un service administratif d'exécution ou l'organisation d'une juridiction, mais affectent directement les modifications apportées aux modalités de la peine ; il met en œuvre les dispositions du droit des sanctions dans le but d'individualiser les condamnations pénales. Le j.a.p. ne peut pourtant être qualifié de « juridiction », au sens propre, bien qu'on lui reconnaisse le pouvoir d'imposer des décisions à l'administration comme aux particuliers, de définir ou de modifier les conditions d'une limitation, restriction ou suppression de la liberté, et qu'on lui garantisse l'indépendance de son action. Selon Schmelck et Picca, « rien ne permet a priori de penser qu'au-delà de la qualité de magistrat de leur attributaire, les fonctions de j.a.p. sont destinées à être de nature juridictionnelle » ²³.

²¹ Peu d'auteurs révèlent clairement les difficultés existant entre j.a.p. et administration pénitentiaire, au simple motif que ces auteurs sont pour la plupart j.a.p. ! Pour une description franche de ces problèmes, cf. M. Jambu-Merlin (op. cit.), p. 509 et ss.

Les décisions de transfert d'un établissement pénitentiaire à un autre, prises par l'administration, sont un exemple de mesures de nature à provoquer ces conflits. Cf. *Journées d'études des j.a.p.* (1966), op. cit., p. 19 et ss.

²² J.-M. Varaut : op. cit., p. 184.

²³ Schmelck/Picca : op. cit., p. 191. Dans le même sens : M. Jambu-Merlin (op. cit.), p. 514. Plus nuancé, J. Léauté (op. cit), p. 771

Quant à la nature des décisions du j.a.p., nous nous bornerons à reprendre ici les considérations de Hourcade, le seul auteur qui a attentivement étudié ce problème²⁴.

1) Le j.a.p. est appelé à prendre des *décisions* et ordonnances purement *administratives* concernant la bonne marche du Comité de probation et l'affectation de probationnaires ou de libérés conditionnels à ses délégués. C'est également dans la catégorie des décisions et ordonnances administratives que Hourcade place les avis fournis par le j.a.p. dans le cadre de procédures administratives, telles que la libération conditionnelle, la grâce et la réhabilitation judiciaire. Dans ces cas, l'avis du j.a.p. ne constitue pas une décision autonome, mais son préavis peut tout de même influencer de façon décisive les décisions dont la compétence lui échappe.

Les décisions concernant les premières étapes du régime progressif revêtent un caractère administratif prépondérant : elles sont prises pour la plupart en commission de classement, que le j.a.p. préside, et ne visent qu'à aménager la vie pénitentiaire du détenu. Pourtant ces décisions sont, à notre avis, davantage ou autre chose que des décisions administratives, car le j.a.p. y joue un rôle d'arbitre²⁵ tout à fait inhabituel et encore mal défini, comme le reconnaît d'ailleurs Hourcade : « il est indispensable de souligner le caractère particulier, ainsi voulu par le législateur, qui découle de l'indépendance, au sein même des organismes administratifs, de ce magistrat du siège, venu là pour y apporter, en dehors et au-dessus de toute subordination procédurale ou hiérarchique, le souci de sauvegarder ce qui peut demeurer de valable et réadaptable en tout individu »²⁶. De plus, l'importance croissante du travail d'équipe en milieu pénitentiaire, qu'illustre la création, dans chaque prison, d'une commission de l'application des peines, aux fonctions purement consultatives il est vrai²⁷, justifierait que l'on voue une attention particulière à la nature des décisions du traitement pénitentiaire, prises de fait sous la forme collégiale. L'indépendance et l'autorité du j.a.p. de même que les garanties qu'il offre pour le respect des droits du condamné peuvent être profondément altérées par cette nouvelle institution : elle pourrait faire perdre au j.a.p. l'embryon de ses fonctions juridictionnelles.

2) Le j.a.p. peut également sanctionner l'inconduite notoire du libéré conditionnel ou du probationnaire, et les infractions aux conditions énoncées dans la décision de mise en liberté dont ils ont bénéficié (art. 733

²⁴ X. Hourcade : *L'action du j.a.p.* (op. cit.), p. 174 et ss.

²⁵ R. Vialatte : *op. cit.*, p. 211.

²⁶ X. Hourcade : *ibid.*, p. 178.

²⁷ Circulaire du Garde des Sceaux du 24 avril 1972.

et 742 Cppfr.), par l'ordre d'arrestation provisoire. Cette mesure est décidée par le j.a.p. dans le cadre d'une procédure de révocation, avec l'accord du ministère public. L'analogie avec certains actes du juge d'instruction, et notamment les mandats d'arrêt, peut paraître évidente, puisque certaines conditions des mandats du juge d'instruction et des ordres d'arrestation provisoire sont absolument identiques (avis du ministère public, motivation et forme précisée par la loi). Selon Hourcade, ces décisions sont « extra-juridictionnelles » car elles ne modifient en rien une situation de droit et ne tendent pas à sauvegarder un droit individuel du condamné ; « la personne dont la liberté est en cause est un condamné, et non un prévenu »²⁸ ; comme cet ordre d'arrestation ne peut en outre faire l'objet d'un recours, il n'a aucun caractère juridictionnel.

Ces arguments ne nous paraissent pas absolument décisifs. La liberté d'un condamné vaut en principe celle d'un prévenu ; qu'elle puisse être supprimée sans recours permet de conclure qu'il y a sur ce point une lacune, mais non que la décision d'arrestation n'est pas de nature juridictionnelle²⁹.

3) Les décisions *préjuridictionnelles* du j.a.p. sont destinées à répondre à certaines requêtes ou à apprécier le mérite d'un comportement. Il s'agit d'abord de l'ordonnance de placement en chantier extérieur, précédant souvent une semi-liberté ou une libération conditionnelle, la révocation de ce placement, et des ordonnances accordant les permissions de sortie.

Le placement en chantier extérieur, comme les permissions de sortie ne modifient pas radicalement le statut du condamné ; de plus, les motifs de ces dernières sont limitativement énumérés par la loi (art. D 144 Cppfr.) de sorte que le j.a.p. ne jouit en la matière, que d'une liberté très réduite : son pouvoir juridictionnel est alors très faible.

4) Le rôle juridictionnel du j.a.p.

L'ordonnance de mariage, destinée à permettre au détenu de réaliser les formalités nécessaires à celui-ci, revêt, selon Hourcade, un incontestable caractère juridictionnel, tant à la forme qu'au fond : il s'agit en effet d'un acte qui a son incidence sur l'état du sujet. Le détenu requérant ne dispose d'aucune voie de recours contre le refus d'autorisation. Mais

²⁸ X. Hourcade : *ibid.*, p. 184.

²⁹ Nous verrons d'ailleurs plus loin qu'un contrôle de l'activité et des décisions du j.a.p. a été souhaité, tant par la doctrine (Schmelck/Picca, *op. cit.*, p. 201) que par les praticiens (*rapport du groupe de travail « j.a.p. »* des commissions de réforme pénitentiaire, 1972).

« on ne voit guère pourquoi le juge s'opposerait au mariage d'un détenu »³⁰.

L'ordonnance de semi-liberté peut être demandée par le condamné, sa famille ou, lorsque ses conditions sont remplies, proposée par l'administration pénitentiaire ou le j.a.p. Là encore l'analogie avec la mise en liberté provisoire, décernée par le juge d'instruction, est invoquée pour expliquer le caractère juridictionnel de cette ordonnance, qui ne peut pourtant faire l'objet d'un recours et dont on reconnaît qu'elle ne lèse pas le détenu qui voit sa requête rejetée³¹, car il n'a pas de droit reconnu à cette forme particulière de traitement pénitentiaire. « Le droit au traitement » protégé par un juge « gardien traditionnel des droits individuels »³² ne s'étend pas encore à la semi-liberté, « qui se place en dehors du juridisme et du formalisme traditionnel »³³.

Mais c'est avant tout parce que l'ordonnance de semi-liberté répond à des exigences de forme précisées par la loi, qu'elle doit être motivée au fond et qu'elle a des incidences directes sur la peine prononcée et son exécution, qu'elle doit être considérée comme un acte juridictionnel.

Le sursis avec mise à l'épreuve se termine par une ordonnance motivée de clôture de la probation, reconnue juridictionnelle, qui saisit le tribunal afin que soit prononcée l'exécution ferme de la peine en cas d'échec de la probation (art. 742 Cppfr), ou l'annulation de la condamnation dans le cas contraire (art. 743 Cppfr). Cette ordonnance, que l'on compare à l'ordonnance de clôture du juge d'instruction, provoque obligatoirement une modification profonde, soit de l'exécution de la peine soit de la condamnation, ce dont elle tire son caractère juridictionnel.

Enfin le pouvoir juridictionnel par excellence du j.a.p., et que lui reconnaît largement la doctrine³⁴, est celui que lui confère l'art. 741 Cppfr., aux termes duquel le j.a.p. peut d'office, sur réquisition du ministère public ou à la requête de l'intéressé, décider la modification, l'aménagement ou la suppression des obligations imposées au probationnaire. Ce faisant, le j.a.p. dit effectivement le droit et revoit un jugement devenu définitif. Jusqu'en 1970, une interprétation restrictive de cet article n'autorisait toutefois le j.a.p. qu'à retoucher les obligations originellement fixées, et non à en prescrire de nouvelles³⁵. Cette jurisprudence, et surtout

³⁰ X. Hourcade : *ibid.*, p. 198.

³¹ *Idem*, p. 202.

³² R. Vialatte : *op. cit.*, p. 207.

³³ X. Hourcade : *ibid.*, p. 203.

³⁴ Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 200. Merle/Vitu : *op. cit.*, p. 1245. Avec certaines nuances : J. Léauté : *op. cit.*, p. 772.

³⁵ Arrêt de la Cour de Pau, Dalloz 1966, Sommaire 23.

l'étroitesse des textes sur lesquels elle se fondait, avaient été d'autant plus critiquées que les juridictions de jugement, par incompetence ou ignorance, omettaient souvent de préciser les obligations indispensables à la mise en œuvre de la probation³⁶. La loi du 17 juillet 1970 a modifié cette situation et les j.a.p., comme ils le souhaitaient³⁷, peuvent désormais prononcer à tout moment une ou plusieurs obligations spéciales (art. 739 al. 2 nouveau Cppfr.)³⁸, qui peuvent être « validées, rapportées ou modifiées par le tribunal correctionnel sur recours du condamné » (art. 739 al. 3 Cppfr), ce qui confirme le caractère juridictionnel de ces décisions³⁹. La sécurité du droit exige néanmoins que de telles décisions ne bouleversent pas trop fréquemment et sans nécessité réelle les condamnations de probation. « Le j.a.p. doit bien veiller à ne pas s'arroger le rôle d'une cour d'appel ou d'une cour de cassation au petit pied »⁴⁰.

35. CONCLUSIONS.

Si l'équité oblige à reconnaître l'originalité de la solution française, l'objectivité oblige à en reconnaître les imperfections, qui tiennent tant aux attributions du j.a.p.⁴¹, qu'à la qualification de ses compétences.

En milieu pénitentiaire, son pouvoir de contrôle, reconnu par les textes, pose de nombreux problèmes pratiques. D'une part, il est souvent très difficile de distinguer entre « le traitement pénitentiaire proprement dit ou régime et la simple organisation de la vie quotidienne »⁴², celui-là relevant du j.a.p., celle-ci de l'administration pénitentiaire. D'autre part, il n'est pas de contrôle réel sans information préalable⁴³. Or cette infor-

³⁶ « Il faut dire et redire avec force qu'une mise à l'épreuve sans obligations spéciales est un corps sans âme, une mesure à peu près vide juridiquement. » J. Schewin : *Quelques réflexions pratiques sur le sursis avec mise à l'épreuve*, RPD 1967, p. 627.

³⁷ *Journées d'études des j.a.p.* (1966), op. cit., Discussion, p. 105.

³⁸ M. Darmon : *L'exécution des mesures en milieu ouvert*. Les techniques de l'individualisation judiciaire (Travaux français), op. cit., p. 257. J. Pradel : *Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur l'exécution des peines*. Recueil Dalloz 1971, Chron. XXVI, p. 185.

³⁹ Pour J. Léauté, les décisions du j.a.p., dans ce cas, se rapprochent d'une nature juridictionnelle, sans toutefois l'atteindre. « Ce qui est modifié ou supprimé n'avait pas l'autorité de la chose jugée et ne se rapportait qu'à l'accèssoire » (op. cit., p. 772). Preuve que la sentence est donc bien ambivalente.

⁴⁰ X. Hourcade : *ibid.*, p. 217.

⁴¹ Schmelck/Picca (op. cit., p. 199 et ss.) n'hésitent pas à dire du j.a.p. qu'il est « un juge au double visage », et que l'institution est « ambiguë ».

⁴² A. Gayraud : op. cit., p. 824.

⁴³ M. Schewin : op. cit., p. 35.

mation n'est pas toujours donnée. Le j.a.p. doit faire sa place en prison, et savoir éviter la « neutralisation » dont il peut être victime de la part du personnel et de la direction pénitentiaire.

En second lieu, le j.a.p. ne peut véritablement jouer son rôle d'animateur, que si ses charges réglementaires n'absorbent pas déjà tout son temps.

La détermination des qualifications juridiques des décisions du j.a.p. a mis en évidence la spécificité de celles-ci, et donc l'extrême difficulté de leur appliquer les normes courantes de la procédure, et la liberté et l'indépendance dont le j.a.p. bénéficie lorsque son pouvoir juridictionnel lui est reconnu. « A la vérité ce n'est point tant les pouvoirs du j.a.p. qui peuvent inspirer quelques réserves que le fait qu'il les exerce sans contrôle d'aucune sorte, ni judiciaire, ni administratif » ⁴⁴.

Ces deux remarques nous semblent imposer deux réformes, souhaitées d'ailleurs par les j.a.p., qui consisteraient, d'une part, à reconnaître plus nettement au j.a.p. un statut juridictionnel autonome et, d'autre part, à organiser soigneusement cette juridiction ⁴⁵. Un effort particulier devrait notamment être fait en matière de recours, conformément aux vœux de très nombreux théoriciens et praticiens. Antérieurement à la loi de 1970, Merle et Vitu considéraient l'absence de voies de recours en matière d'obligations dans le cadre de la probation comme « un silence regrettable » ⁴⁶. Hourcade, il est vrai, exprime une opinion différente et pense que « le silence qui souligne l'autonomie du j.a.p. a été voulu et doit être considéré comme tel : l'originalité de la semi-liberté, l'aspect nouveau souligné nous permettent d'admettre la souveraine appréciation laissée au j.a.p. » ⁴⁷. Le fait demeure que les décisions judiciaires de première instance sont normalement soumises à un contrôle ou à des voies de recours, alors que la plupart des décisions du j.a.p. y échappent ⁴⁸.

Il est aujourd'hui question de créer une instance supérieure au j.a.p., mais il ne s'agira pas d'une instance d'appel à l'égard de certaines décisions ; telles sont du moins les propositions faites à la Chancellerie

⁴⁴ Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 201.

⁴⁵ M. Schewin (*op. cit.*, RPDP 1967, p. 633) : « Je suis amené à souhaiter une véritable juridiction de l'application des peines (...), l'évolution de l'institution doit se faire dans le sens d'un renforcement des pouvoirs juridictionnels de ce juge. »

⁴⁶ Merle/Vitu : *op. cit.*, p. 1245.

⁴⁷ X. Hourcade : *ibid.*, p. 205.

⁴⁸ Schmelck/Picca : *op. cit.*, p. 201, cf. également : *Journées d'études des j.a.p.* (1966, *op. cit.*, p. 105 et ss.).

par le groupe de travail chargé d'étudier le j.a.p. dans le cadre des commissions de réforme pénitentiaire ⁴⁹.

Si l'on ne peut donc décrire le futur visage du j.a.p., il est en tout cas certain que l'institution est irréversible, comme l'a dit le Garde des Sceaux, et que ses fonctions juridictionnelles seront à l'avenir développées ⁵⁰.

⁴⁹ *Rapport du groupe de travail « j.a.p. » des commissions de réforme pénitentiaire*, Paris, 1972.

⁵⁰ Nous avons volontairement omis les difficultés de fonctionnement des institutions en rapport avec le j.a.p., telles que la libération conditionnelle, la semi-liberté, la probation et les placements en chantiers extérieurs, qui tiennent à la doctrine de la V^e République en matière de répression (J. Foyer : in RPDP 1963, p. 281 et ss.). Il est évident qu'une politique pénitentiaire timorée devait avoir des conséquences sur l'institution du j.a.p., dont Ph. Robert écrivait, en 1966, « qu'elle ne semble pas trouver son rythme de croisière » (*Les bandes d'adolescents*, Paris, p. 301).

CHAPITRE IV

LE JUGE ET LE TRIBUNAL PÉNITENTIAIRES EN POLOGNE

36. LE CADRE LÉGAL DE L'EXÉCUTION DES SANCTIONS PÉNALES.

L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1970, d'un « code pénal exécutif » destiné à l'application des sanctions prononcées par les tribunaux et l'administration marque le triomphe d'une idée que défendait depuis une quarantaine d'années la doctrine polonaise¹, après qu'E. Rappaport eut proposé de consacrer des codes distincts à la procédure, au droit pénal et à l'application des décisions pénales². Il faut ajouter que de telles propositions législatives s'accompagnèrent, dès leur origine, d'une revendication juridictionnelle précise : la création de tribunaux ayant pour tâche l'application du droit d'exécution : « Une nouvelle magistrature d'exécution pénale aurait, en plus de ses avantages directs, celui de modifier enfin l'attitude actuelle de la société par rapport au rôle et aux tâches de l'exécution moderne de la peine »³. Pourtant la Pologne n'introduisit pas simultanément la loi d'exécution et sa juridiction.

Le juge pénitentiaire à caractère administratif prépondérant⁴ fut introduit par voie réglementaire dès 1957. En 1966, un règlement pénitentiaire lui attribue compétence en matière de libération conditionnelle et garantit le droit d'être entendu par le juge pénitentiaire⁵ ; mais une loi était nécessaire pour créer de nouvelles institutions pénitentiaires⁶. La

¹ Cf. les déclarations de E. Rappaport au III^e Congrès international de droit pénal (Actes, p. 265 et ss.), de G. Sliwowski au XI^e Congrès pénal et pénitentiaire (Actes, Vol. I, p. 73), et de S. Glaser au IV^e Congrès international de droit pénal (Actes, p. 348 et ss.).

² E. Rappaport : (déjà cité), RIDP 1930, p. 35. E. Rappaport : *Nouveaux systèmes de codification de la législation criminelle*, Paris 1931.

³ Déclaration de E. Rappaport susmentionnée (note 1).

⁴ G. Sliwowski : *Sadowy Nadzor Penitencjarny* (op. cit.), p. 403.

⁵ S. Plawski : *Le règlement pénitentiaire polonais du 7.2.1966*. RPDP 1966, p. 823 et ss.

⁶ S. Plawski : *Le code de procédure pénale et le code d'exécution des peines*. RSC 1970, p. 325.

Pologne introduisit le premier code « pénitentiaire », réglant à la fois l'exécution des sanctions pénales de façon détaillée et créant des institutions juridictionnelles propres à ce nouveau droit pénitentiaire. Ce code d'exécution⁷ n'est donc pas une simple compilation des dispositions légales concernant les sanctions pénales, mais il réalise « le principe de la pleine intégration de toutes les branches du droit criminel, d'une réglementation unifiée de l'exécution des décisions et de toutes les mesures pénales » et crée une conception autonome et originale des institutions destinées à régler les relations sociales et juridiques de l'exécution⁸ ; ce texte définit donc de façon précise la situation juridique du condamné, énumère les droits qui lui sont reconnus et crée les juridictions et la procédure à même de les faire respecter. Dans l'étude du juge et du tribunal pénitentiaire polonais, il faut donc tenir compte de ce contexte législatif particulier, non moins que le but que la loi fixe à leur action : « l'exécution de la peine de privation de liberté a pour but de former une attitude socialement souhaitable du condamné ; elle doit en particulier l'habituer au travail socialement utile, ainsi qu'au respect de l'ordre légal et combattre ainsi la récidive » (art. 37, al. 1 Cpepol).

37. LES ORGANES DE L'EXÉCUTION ET LEURS COMPÉTENCES.

1) L'exposé du contrôle judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales doit commencer par l'évocation de dispositions qui ne concernent ni le juge ni le tribunal pénitentiaires : le code pénal de 1970 (art. 82) élargit en effet considérablement le rôle de la *juridiction de jugement* dans l'exécution des sanctions qu'elle prononce ; sa compétence en la matière est générale, sous réserve de certaines décisions, limitativement énumérées, qui relèvent des institutions juridictionnelles pénitentiaires : « Le tribunal, qui a rendu la décision en première instance, est aussi compétent en matière d'exécution de cette décision, à moins que la loi n'en dispose autrement » (art. 3, al. 1 Cpepol). Mais il ne s'agit plus seulement du traditionnel contentieux attribué à la juridiction de jugement et comprenant les contestations sur l'identité du condamné, le décompte des délais imputés sur la durée de la peine, etc., mais de décisions déterminant l'établissement où sera exécutée la sanction, le type de régime, les modifications dans l'application des méthodes et des moyens de traitement pénitentiaire. L'octroi de ces compétences doit permettre, dès le jugement,

⁷ Une traduction française a paru sous le titre « *Code pénal exécutif* » (trad. G. Sliwowski). Mais, pas plus que le droit, un code ne peut être exécutif. Il s'agit d'un code d'exécution ou d'application des sanctions pénales.

⁸ S. Walczak : *Le nouveau code pénal exécutif polonais*, Varsovie 1970, p. 5.

la classification du condamné et l'individualisation de la peine privative de liberté⁹. Outre ces décisions, qui concernent la condamnation elle-même et son application, le tribunal de jugement peut ajourner l'exécution de la peine en cas de maladie grave (art. 65 Cpepol), lorsque des raisons sociales le justifient ou que « l'exécution provoquerait pour le condamné ou sa famille des conséquences trop onéreuses » (art. 67, al. 1 Cpepol).

D'autre part, l'exécution des peines restrictives de droits reste de la compétence du tribunal de jugement. Ainsi en est-il de l'exécution d'une peine conditionnellement suspendue¹⁰. Ce tribunal, ou le tribunal analogue compétent au domicile du condamné, peuvent imposer, étendre ou modifier les obligations qui conditionnent la suspension ; ils sont également régulièrement informés pendant le délai d'épreuve de la conduite du condamné (art. 74 Cpepol) et peuvent évidemment ordonner l'exécution de la peine.

Le code pénal de 1969 a introduit une mesure pénale qui consiste avant tout dans l'exécution d'un travail sous un régime de liberté restreinte (peine de limitation de liberté, art. 33 Cppol). Le condamné ne peut changer de résidence sans l'accord du tribunal et doit exécuter le travail déterminé par l'autorité judiciaire, qu'il informera de sa conduite. L'application et le contrôle de cette mesure sont de la compétence du tribunal d'arrondissement (art. 115 Cpepol), dans le ressort duquel elle s'exécute, tribunal qui n'est autre que le tribunal pénal de première instance¹¹.

Les art. 27 et ss. du code pénal prévoient en outre le non-lieu conditionnel¹², qui autorise à mettre fin à la procédure pénale et s'accompagne de certaines obligations, par exemple celle de réparer le dommage causé par l'infraction, de présenter ses excuses à la victime ou d'accomplir des travaux ou prestations déterminées au profit d'une œuvre sociale. Cette mesure est assortie d'un délai d'épreuve, donc d'un contrôle, également exercé par le tribunal d'arrondissement.

Le tribunal de jugement exerce enfin une compétence assez étendue sur l'exécution des peines pécuniaires (art. 149 et ss. Cpepol).

Les mesures de sûreté, dont la conception est exclusivement médicale ou psychiatrique, sont soumises régulièrement (tous les six mois au

⁹ S. Plawski : *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, Milan (op. cit.), p. 236.

¹⁰ Pour une présentation succincte des sanctions nouvelles, cf. S. Walczak : *Les traits caractéristiques de la nouvelle codification du droit pénal en Pologne*, RDPC 1969-70, p. 403 et ss. Et M. Cieslak : *Le problème de la dépénalisation en droit pénal polonais contemporain*, RICPT 1971-72, N° 3, p. 193.

¹¹ S. Plawski : *Les techniques* (op. cit.), p. 232.

¹² K. Poklewski-Koziell : *Le non-lieu conditionnel, une nouvelle institution du droit pénal polonais*, RSC 1971, p. 333 et ss.

moins) au tribunal de première instance¹³ pour leur prorogation, leur suspension ou toute autre décision appropriée (art. 197, al. 3 et 198, al. 1 Cpepol). Ce même tribunal sera informé, par avis médical ou administratif, de la situation, des progrès du traitement et des décisions proposées.

2) L'originalité institutionnelle du code d'exécution est donc de créer un *tribunal pénitentiaire*, ayant des attributions larges, mais uniquement en ce qui concerne l'exécution des peines et mesures privatives de liberté. Il est responsable du procès d'exécution de la peine¹⁴ ; son accès est largement ouvert au condamné (art. 8 Cpepol) et à toute personne que les décisions d'exécution concernent (art. 14 Cpepol), de même qu'au procureur. Les parties peuvent donc lui présenter des conclusions ou même des réclamations contre les décisions rendues dans la procédure d'exécution. Les débats sont analogues à ceux qui se déroulent devant les tribunaux de jugement. Toutes les parties peuvent y assister, à l'exception du condamné, dont la participation est prévue par la loi pour certaines décisions ou ordonnée par le tribunal pénitentiaire (art. 22, al. 1 Cpepol).

En première instance, ce tribunal est composé d'un juge unique qui, dans certains cas, s'adjoint deux assesseurs¹⁵. En seconde instance et sur réclamation contre une décision prise par le juge unique, le tribunal est composé d'un juge et de deux assesseurs ; sur réclamation contre une décision prise en première instance par un juge et deux assesseurs, trois juges composent alors le « tribunal d'appel » (art. 25 Cpepol)¹⁶.

Le tribunal pénitentiaire ne peut prendre de décisions que dans certains cas expressément prévus par la loi. La nature de ces décisions et leurs incidences sur l'exécution confirment que « les attributions du tribunal pénitentiaire forment, dans le code pénal exécutif polonais, une prolon-

¹³ S. Plawski : *op. cit.*, RSC 1970, p. 329.

¹⁴ Le tribunal pénitentiaire dispose d'une compétence générale importante : en cas de conflit entre les deux organes chargés du respect de la légalité dans l'exécution, soit entre le juge pénitentiaire et le procureur, la décision est portée devant le tribunal pénitentiaire selon l'art. 32 Cpepol, qui « témoigne de la priorité accordée à l'ordre judiciaire pendant la procédure d'exécution » (S. Walczak : *Le nouveau Cpepol* (op. cit.), p. 11. Cf. également, G. Sliwowski : *op. cit.*, RIDP 1970, p. 594.

¹⁵ L'originalité de la nouvelle organisation judiciaire polonaise consiste à associer directement les laïcs aux décisions qu'impose l'exécution pénale. Sur ce point : S. Zawadzki et L. Kubicki : *L'élément populaire et les juges professionnels dans la procédure pénale polonaise*, RDPC 1969-1970, p. 919 et ss. P. Cannat : *La participation des citoyens à l'application de la peine*, RSC 1970, p. 443.

¹⁶ S. Plawski : *op. cit.*, RSC 1970, p. 326.

gation des attributions judiciaires déjà établies par le code pénal et concernant les pouvoirs du tribunal de condamnation »¹⁷.

Il peut en effet arriver que le tribunal de jugement manque d'informations sur le condamné et soit donc incapable de fixer certaines modalités de la peine, comme il en aurait le pouvoir¹⁸, ou encore que les modalités qu'il a fixées se révèlent inadéquates. C'est alors au tribunal pénitentiaire d'intervenir pour compléter ou corriger le jugement ; il pourra donc ordonner l'exécution de la peine dans un autre établissement ou modifier le régime déterminé initialement (art. 46, al. 1 Cpepol). Il accordera également l'interruption de l'exécution d'une peine privative de liberté dans les mêmes conditions que celles qui permettent au tribunal de jugement d'ajourner l'exécution (art. 65 et ss. Cpepol).

La décision de libération conditionnelle est prise par le tribunal pénitentiaire à la suite d'une procédure juridictionnelle, où toutes les parties sont entendues. Le tribunal siège alors dans l'établissement pénitentiaire, ce qui le contraint, géographiquement au moins, à se rapprocher du condamné (art. 78, al. 1 Cpepol). Cette disposition illustre le souci du législateur polonais de rendre concrètes et réalistes les décisions d'exécution. Sous certaines conditions, le condamné et le procureur peuvent former une réclamation contre la décision du tribunal pénitentiaire. Les délais de « recours » et d'examen sont très brefs et permettent théoriquement d'obtenir des décisions sur les réclamations en dix jours (art. 79 Cpepol). Le tribunal pénitentiaire détermine les conditions de la libération, reste responsable de son exécution et peut donc révoquer la libération conditionnelle.

Deux mesures destinées avant tout à des récidivistes sont encore de la compétence du tribunal pénitentiaire. D'une part, la mise à l'épreuve sous surveillance peut être prononcée lorsqu'à la fin de l'exécution d'une peine « l'absence de progrès dans sa réadaptation sociale laisse supposer que, après sa libération, le condamné commettra une nouvelle infraction » (art. 91, al. 1 Cpepol). Cette mesure, qui constitue un mode de traitement pénitentiaire en milieu libre, qui n'est ni peine ni mesure de sûreté¹⁹, peut être ordonnée pour une durée de un à cinq ans ; le tribunal pénitentiaire en contrôle l'application, veille au respect des obligations imposées (traitement médical, désintoxication, etc.) et à l'exécution du travail déterminé.

D'autre part, le tribunal pénitentiaire peut ordonner le placement d'un condamné en centre de réadaptation sociale pour une durée indéterminée,

¹⁷ S. Walczak : *Le nouveau Cpepol* (op. cit.), p. 12.

¹⁸ S. Plawski : *Les techniques de l'individualisation* (op. cit.), p. 237.

¹⁹ *Idem*, p. 223.

ceci afin d'exercer sur lui « une influence socialisante supplémentaire » (art. 91, ch. 1 Cpepol). Ses droits sont alors restreints et il est soumis à un régime de mise à l'épreuve le protégeant lui-même et la société contre la récidive. L'exécution de la mesure se fait sous le contrôle du tribunal pénitentiaire, qui délivre des autorisations de sortie ou d'absence prolongée, lorsque la conduite et la santé du condamné ou d'autres éléments le justifient, et qui décide de la libération, quand elle peut être considérée comme souhaitable.

Vu la gravité de ces deux mesures, qui prolongent la peine initialement prononcée, le tribunal pénitentiaire est composé, pour les ordonner, d'un juge et de deux assesseurs en première instance, et de trois juges en cas de réclamation (art. 91, al. 3 et 106, al. 1 Cpepol).

3) Le *juge pénitentiaire* est également l'un des organes d'exécution des sanctions pénales. Il surveille la légalité et le déroulement de l'exécution des peines, fonction à caractère mixte, juridico-administratif²⁰. Il partage légalement ses fonctions avec le *procureur*, qui a conservé, pour des raisons historiques, son rôle traditionnel de surveillance sur l'exécution, sans que ce rôle se confonde toutefois entièrement avec celui du juge. La surveillance du juge pénitentiaire porte avant tout sur la *régularité de l'exécution* (art. 28 Cpepol) de la peine ou de la mesure, des méthodes et des mesures de traitement pénitentiaire conformément à la loi, alors que le procureur contrôle la *légalité de l'application* des sanctions pénales (art. 29 Cpepol). Les fonctions de l'une et l'autre autorité ne sont donc confondues que dans le domaine de la surveillance des droits et devoirs des détenus²¹. Mais même dans cette dernière hypothèse, la surveillance du procureur n'est pas dépourvue de certains aspects administratifs car le procureur prend des décisions et le juge pénitentiaire rend des ordonnances, selon l'art. 32 Cpepol.

Le juge pénitentiaire a compétence pour accorder les permissions de sortie (art. 59, al. 1 Cpepol), pour suspendre, annuler ou modifier les décisions des commissions pénitentiaires ; il est le premier garant des principes de l'exécution des peines privatives de liberté (art. 7 et ss. Cpepol), et des droits reconnus aux condamnés (art. 48 et ss. Cpepol). Pourtant ses compétences en matière de sanctions disciplinaires se réduisent à la possibilité de suspendre l'exécution d'une sanction disciplinaire pour en vérifier les fondements (art. 58, al. 1 Cpepol), puis de modifier ou annuler la décision prise si elle est contraire à la loi ou aux principes

²⁰ G. Sliwowski : *Le rôle du tribunal dans la détermination et l'application des peines*, RIDP 1970, p. 592.

²¹ S. Plawski : *op. cit.*, RSC 1970, p. 327.

de la politique pénitentiaire. Son consentement préalable n'est exigé que pour la sanction disciplinaire la plus grave (isolement d'une durée de un à six mois).

4) Il existe, dans les établissements, des *commissions pénitentiaires* ²², composées de spécialistes (médecins, psychologues et pédagogues), ayant pour charge principale de classer les condamnés (art. 45, al. 1 Cpepol). Le juge pénitentiaire et le procureur peuvent assister aux séances de ces organes collégiaux, dont les décisions peuvent être annulées ou modifiées par le juge pénitentiaire lorsqu'elles sont contraires à la loi ou aux principes de la politique pénitentiaire (art. 42 Cpepol). La loi précise donc très exactement le rôle du juge par rapport aux organes collégiaux en milieu pénitentiaire, dans la pensée que « l'activité de l'équipe criminologique doit être contrôlée par l'autorité judiciaire » ²³. Le traitement pénitentiaire, qui s'accompagne de décisions touchant directement le statut juridique du condamné, demeure ainsi sous la surveillance du juge.

Enfin, d'autres organes judiciaires ou administratifs expressément mentionnés par la loi (art. 2 Cpepol), tels que les directions administratives des différents types d'établissements pénitentiaires (maison d'arrêt, centre de réadaptation sociale, etc.), participent à la procédure d'exécution et peuvent prendre des décisions susceptibles de réclamations portées devant le juge ou le tribunal pénitentiaire.

38. CONCLUSIONS.

Le code d'exécution polonais qui contient des dispositions de fond, de procédure et de contrôle sanctionnel, résout le problème de la légalité dans l'exécution pénale en traitant celle-ci de façon intégrale, sans qu'échappe à cet examen aucun de ses trois aspects légal, procédural et juridictionnel. Des droits sans juridiction, pas plus que des juridictions sans procédure ne peuvent apporter une solution répondant aux exigences de la légalité.

Le droit à une nourriture, à un habillement, à une assistance médicale et à un logement conformes aux exigences de la santé, le droit de communiquer avec des personnes de l'extérieur, le droit au travail et à la sécurité dans l'exécution du travail, le droit de bénéficier de prestations et d'occupations culturelles (art. 48 Cpepol), et plus encore le droit de

²² S. Plawski : *op. cit.*, RSC 1970, p. 327.

²³ S. Plawski : *Les techniques de l'individualisation judiciaire*. Milan (*op. cit.*), p. 238.

plainte directe à l'autorité judiciaire, auquel il faut ajouter celui d'être assisté d'un défenseur lors de toute décision privative ou restrictive de droits, constituent la charte polonaise de la privation de liberté que condamnés et prévenus peuvent d'ailleurs invoquer. Ces droits s'inscrivent à la suite de principes généraux qui tracent à la sanction pénale un cadre respectueux des droits de l'homme (art. 7, al. 2 et 3 Cpepol). « Le Cpepol accorde au condamné les droits d'une partie au procès d'exécution de la peine, avec toute les conséquences qui en découlent (...) Son caractère original et moderne se traduit par la façon dont il fixe et détermine le statut légal du condamné, et établit un système de garanties indispensable pour protéger ce statut »²⁴. Plus encore que la procédure d'exécution, c'est la procédure devant le tribunal de jugement ou le tribunal pénitentiaire qui retiendra notre attention. Souple et expéditive, cette procédure désigne de façon précise les parties au procès d'exécution, détermine la saisine des autorités judiciaires, de même que la composition des différents organes d'exécution. Elle précise en outre la nature juridique des décisions que rendent ces juridictions, et offre à celles-ci la possibilité de se saisir d'office lorsque « des conditions entièrement nouvelles ou inconnues et essentielles pour la solution de l'affaire » se manifestent (art. 26, al. 1 Cpepol). Une telle disposition révèle l'intention du législateur qui ne conçoit pas la participation judiciaire à l'exécution des sanctions pénales comme une simple « juridictionnalisation » théorique, mais comme la surveillance active de magistrats sur le procès d'exécution.

La désignation d'un juge pénitentiaire répond, au double point de vue fonctionnel (magistrat) et institutionnel (juge unique), de façon particulièrement adéquate aux nécessités pratiques de la surveillance dans l'exécution. Les responsabilités et les décisions que lui attribue le Cpepol permettent au juge pénitentiaire de rester, en tout temps, l'arbitre du traitement pénal, et de n'être jamais associé matériellement à l'application de ses décisions.

La voie de recours, ouverte devant une instance collégiale, permet d'affirmer que le tribunal pénitentiaire reste maître des décisions importantes de l'exécution, soustraites aux autorités administratives²⁵.

Le principe d'un ordre juridictionnel spécialisé n'est respecté que dans l'exécution pénitentiaire. Car en matière de sanctions non privatives de liberté et de mesures, le Cpepol attribue de larges compétences d'exécution au tribunal de jugement. Pourtant, si l'on fait exception de la

²⁴ S. Walczak : *Le nouveau Cpepol* (op. cit.), p. 6.

²⁵ S. Walczak : *idem.*, p. 12.

qualification pénitentiaire du tribunal spécialisé, rien apparemment ne justifie des distinctions entre les mesures restrictives de droits ou thérapeutiques et la privation de liberté. Les unes sont de la compétence du tribunal de jugement, les autres de la compétence du tribunal pénitentiaire. L'incidence d'une libération conditionnelle ou de sa révocation est bien plus profonde sur le statut d'un condamné qu'une modification d'obligations dans le cadre d'un sursis ; le placement en centre de réadaptation sociale met en péril les droits du condamné, tout comme la prorogation d'une mesure thérapeutique. Pourtant, dans un cas c'est le tribunal pénitentiaire qui décide, dans l'autre le tribunal de jugement. Les exemples pourraient être multipliés sans qu'apparaissent ni les raisons juridiques ni la justification pratique de ces attributions de compétences.

Cette répartition de compétences est peut-être expérimentale, afin de permettre à la fois l'extension des attributions sanctionnelles des juridictions de jugement, et l'établissement d'une juridiction spécialisée, dont les compétences se limitent aux sanctions institutionnelles. A notre avis l'une ou l'autre devrait finalement se voir confier l'ensemble du contentieux sanctionnel, sans distinction. La répartition actuelle est un compromis entre la reconnaissance d'un rôle nouveau confié à la juridiction de jugement et la spécialisation d'un ordre juridictionnel en matière d'exécution. En fait, comme en droit, la solution définitive ne fait guère de doute : les pouvoirs du juge et du tribunal spécialisés doivent s'étendre des sanctions privatives de liberté aux sanctions restrictives de droits.

CHAPITRE V

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DANS L'APPLICATION DES SANCTIONS PÉNALES EN ALLEMAGNE

39. DROIT ACTUEL.

Depuis 1953, l'Allemagne a reconnu le caractère juridictionnel des décisions intéressant la libération conditionnelle et certaines modifications dans l'application des mesures de sûreté et de correction, décisions qui relèvent, selon les paragraphes 26 et 42 litt. f à l du code pénal du tribunal de jugement ; en effet, la détermination ultérieure des modalités de la sanction constitue une reprise logique de l'activité de la juridiction de jugement et doit donc lui être confiée.

D'autre part, le code de procédure pénale charge en principe le ministère public de l'exécution, mais confie également au juge du tribunal de première instance (Amtsrichter) certaines tâches dans la procédure d'exécution (art. 451, al. 1 et 2 StPO) ; dans l'exercice de ces fonctions, le juge est tenu par les instructions administratives réglementant cette activité¹ : « Il est alors le bras prolongé du ministère public. ² »

Les décisions des autorités d'exécution sont susceptibles d'un recours devant le tribunal de jugement ayant statué en première instance (art. 458, 462 et 463 StPO), ou si la légalité des dispositions, mesures ou instructions prises par les autorités de l'application est contestée (art. 23 et 25 EGGVG), devant une chambre pénale de la Cour d'appel (Strafsenat des Oberlandesgerichts).

L'incohérence des dispositions actuelles établissant le contrôle judiciaire des décisions d'exécution et d'application peut être dénoncée d'abord par la confusion des rôles attribués aux institutions. Ainsi le

¹ Dalcke, Führmann et Schäfer : *op. cit.*, ad art. 451 StPO, note 3. K. Peters: RIDP 1970, p. 388.

² H.Schorn : *Der Strafrichter*, Frankfurt 1960, p. 388.

juge de première instance « est indépendant dans l'exercice de ses fonctions purement judiciaires, tandis qu'il accomplit, comme autorité d'application, une tâche administrative échappant au principe de l'indépendance »³. D'autre part, la multiplication des instances pouvant intervenir dans l'exécution ne fait que compliquer inutilement les procédures et l'accès du condamné au contrôle de l'exécution.

Le contrôle judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales est donc inscrit à l'ordre du jour de la révision générale de la législation pénale allemande. Plusieurs textes, que nous étudions ci-après, proposent ce contrôle et le confient à un tribunal spécialisé.

40. LA RÉVISION DU DROIT DE FOND.

1) *Le projet officiel de 1962 (E 62).*

Les art. 79 et 90 E 62 introduisent dans le code pénal une juridiction nouvelle, le tribunal de l'application des peines⁴ (TAP), dont le rôle, assez mal défini, ne se limite plus à la procédure d'exécution au sens strict, qui s'achevait avec l'entrée en force du jugement⁵, mais s'étend à l'ensemble de l'application sanctionnelle. Ce tribunal est donc compétent en matière de libération conditionnelle, de transfert d'un établissement pénitentiaire à un autre, et peut modifier l'ordre chronologique d'exécution des peines et mesures ; il est également responsable des mesures privatives de liberté, de leur durée, de leur suspension et de leur interruption. Il prend en quelque sorte la succession du tribunal de première instance dans ses fonctions sanctionnelles, mais avec l'étiquette d'une juridiction spécialisée.

Cette solution répond aux désirs de nombreux praticiens de l'exécution⁶ et aux vœux de la doctrine, depuis longtemps favorable en Allemagne à un organe collégial de type judiciaire⁷. Dans l'esprit du législateur, les compétences attribuées à cette juridiction doivent permettre d'appliquer, même au-delà du jugement, les principes d'une politique criminelle conforme aux postulats d'un droit pénal subjectif, tâche qui ne peut être confiée qu'au pouvoir judiciaire. De plus, la création d'un

³ K. Peters : RIDP 1970, p. 388.

⁴ Nous reprenons ici la traduction de « Vollstreckungsgericht », utilisée dans le rapport de H. Tröndle, au X^e Congrès international de droit pénal (RIDP 1970, p. 412).

⁵ K. Peters : *Strafprozess* (op. cit.), p. 453 et 602.

⁶ H. Tröndle : op. cit., p. 413.

⁷ Th. Grunau (op. cit., p. 516) proposait, après un examen détaillé du droit comparé en la matière, une juridiction spécialisée ou « Vollstreckungsstrafkammer ».

« Anstaltsnahes Gericht »⁸ devrait favoriser les observations individuelles par des dialogues avec le détenu et avec le personnel des établissements pénitentiaires, ceci afin d'obtenir une meilleure image du condamné, des effets de l'exécution, et de son aptitude à la vie libre⁹. Enfin, le fait qu'une même juridiction soit compétente pour l'ensemble d'un établissement pénitentiaire assurera, selon l'exposé des motifs, l'égalité de traitement dans l'application des dispositions sanctionnelles. Cette dernière justification est intéressante et répond aux nombreuses critiques dirigées contre la disparité et la multiplicité des instances territorialement et organiquement compétentes, notamment en matière de libération conditionnelle¹⁰.

Le tribunal de l'application des peines, dont les compétences sont brièvement définies — trop brièvement, aux yeux de ceux qui souhaitent en faire le principal responsable de l'application des peines de moins de six mois, et des peines et mesures non privatives de liberté¹¹ — a suscité des critiques s'inspirant de la crainte, d'une part, « de voir passer à l'arrière-plan les fonctions expiatoires et rétributives des peines »¹², d'autre part de transformer les tribunaux de jugement en alaphabètes de l'exécution¹³; ce qu'ils sont en réalité déjà, de sorte que la création de la juridiction envisagée se justifierait au seul motif que les tribunaux de jugement sont dans l'impossibilité matérielle d'intervenir après le jugement, par manque d'informations et de moyens¹⁴. Les adversaires du TAP allèguent également que celui-ci ignore, à la différence du tribunal de jugement, l'affaire criminelle qui a motivé la condamnation. Cet argument n'est évidemment pertinent que si la prévention générale est encore considérée comme l'un des buts de la peine, et admise dans l'application des sanctions pénales, comme elle l'est par le E 62, dont l'exposé des motifs souligne : « Die Strafe hat damit zugleich auch den allgemeinen Sinn, die Rechtsordnung zu bewähren. Ausserdem dient sie bestimmten kriminalpolitischen Zwecken, in erster Linie dem Zweck, künftige Straftaten zu verhüten. Das kann dadurch geschehen, dass der

⁸ R. Maurach : *op. cit.*, p. 882.

⁹ *Entwurf eines StGB, mit Begründung* (op. cit.), p. 206.

¹⁰ « Les établissements pénitentiaires sont constamment agités de remous parce que les décisions de libération conditionnelle ne sont pas prises de la même façon pour certains détenus que pour d'autres » (H. Tröndle, *op. cit.*, p. 415).

¹¹ *Entwurf eines StGB* (op. cit.), p. 206. A. Böhm : *Richterliche Mitwirkung bei Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafe*. Juristische Schulung 1971, p. 335.

¹² H. Tröndle, *op. cit.*, p. 426.

¹³ Rapporté par H. Tröndle, *op. cit.*, p. 414.

¹⁴ Il est piquant de constater que cette remarque est faite par l'Association des juges allemands (Deutscher Richterbund), qui est opposée à la création du tribunal de l'application des peines.

Täter und andere davon abgeschreckt werden, derartige Taten zu begehen »¹⁵. Les conditions d'octroi de la libération conditionnelle, qui doivent être examinées en tenant compte « des circonstances de l'infraction et la culpabilité de l'auteur » (art. 79 ch. 1 E 62)¹⁶, prouvent également l'orientation de la politique criminelle du E 62.

D'autres critiques insistent enfin sur le fait que les compétences du TAP modifieraient profondément le caractère même de la condamnation, qui deviendrait « eine Art Provisorium (...) welches vom Vollstreckungsgericht jederzeit abgeändert werden kann »¹⁷. Cette observation s'applique avant tout aux décisions du TAP en matière de substitution de la peine par la mesure (art. 87 E 62).

La composition du TAP n'est pas définie dans le projet, qui n'en reconnaît que l'aspect collégial ; la procédure d'accès devrait également faire l'objet de dispositions ultérieures détaillées devant figurer au programme de la réforme de procédure¹⁸.

Bien que les solutions du projet officiel soient lacunaires et critiquables, elles répondent à une nécessité théorique et pratique tellement évidente que le projet alternatif de 1966 reprend le principe du TAP, qui « constitue la meilleure garantie institutionnelle pour que les décisions prises à ce stade capital de l'exécution se préoccupent exclusivement de ce qui sert au mieux la resocialisation et, partant, le condamné et la société »¹⁹.

2) *Le projet alternatif de 1966 (AE).*

Le projet alternatif de 1966, préparé par un groupe de professeurs de droit pénal en désaccord avec les positions conservatrices du projet officiel²⁰, précise, à la différence de ce dernier, les buts et les limites des peines et mesures, de même que les objectifs de l'application des sanctions pénales (art. 2 et 37 AE). Le réalisme de ses auteurs²¹ et leur

¹⁵ *Entwurf eines StGB* (op. cit.), p. 96.

¹⁶ H. Tröndle : *op. cit.*, p. 420 et 427.

¹⁷ R. Maurach : *op. cit.*, p. 882.

¹⁸ *Entwurf eines StGB* (op. cit.), p. 206.

¹⁹ H. Tröndle : *op. cit.*, p. 427.

²⁰ J. Baumann : *Der Alternativ-Entwurf* (op. cit.). Pour certaines généralités et données historiques du AE : J. Baumann (et coll.) : *Programm für ein neues Strafgesetzbuch* (op. cit.).

²¹ « In vermehrtem Masse als bisher sollten Vollzugsvorschriften ins Strafgesetzbuch aufgenommen werden, damit der Richter weiss, was er anordnet. Er soll nicht mehr gezwungen sein, Täter in nicht vorhandene Anstalten einzuweisen und sonstige Anordnungen zu treffen, die nicht vollzogen werden können. » P. Noll, cité par J. Baumann : *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlin 1968, p. 101.

volonté d'assujettir l'application des sanctions pénales à des dispositions légales conformes à l'état de droit ²² devaient les conduire à renforcer la position et les compétences du TAP ²³, notamment dans l'application des mesures, qu'il peut faire cesser ou modifier lorsque les conditions légales de telles décisions sont remplies (art. 73 al. 2 AE). D'autre part, la libération conditionnelle, accordée plus largement et plus rapidement ²⁴, voire obligatoirement pour certains condamnés, s'accompagne d'une mise à l'épreuve dont la durée est fixée librement par le TAP, sans égard au solde de peine non purgé.

Les principes de la sécurité juridique et de l'égalité de traitement que doit respecter une loi, tendant par ailleurs à l'individualisation, ne peuvent être garantis que par une juridiction spéciale aux compétences étendues ; le projet alternatif l'admet, tout en restant lui aussi très discret sur la composition et la procédure du TAP, au demeurant comparable dans son principe — et dans son appellation ²⁵ — à ce qu'il est suivant le projet officiel : il ne statue en effet que sur la nature et la durée de la privation ou de la restriction de liberté et des mesures. Ses compétences n'excèdent donc pas les limites strictes des dispositions générales de l'exécution établies par le code pénal, et ne s'étendent pas aux modalités d'exécution et aux méthodes de l'application des sanctions pénales.

3) *L'expérience de Karlsruhe.*

Sur l'initiative de quelques magistrats, une chambre pénale spécialisée a été créée en 1968 à Karlsruhe. Ses compétences regroupent celles des différentes autorités intervenant légalement dans l'application des peines ; la libération conditionnelle, les décisions concernant les mesures, les modifications concernant les obligations ou les dispositions de surveillance des condamnés mis à l'épreuve, et la révocation de la libération conditionnelle sont donc attribuées à une seule autorité judiciaire, ceci dans le but de rassembler observations et expériences, destinées à vérifier ou infirmer certaines hypothèses proposées par les projets pénaux à l'étude en matière de contrôle judiciaire dans l'application des sanctions péna-

²² J. Baumann : *Die Reform des Strafvollzuges*. Die Deutsche Strafrechtsreform (coll.), München 1967, p. 105.

²³ J. Baumann : *Programm für ein neues StGB* (op. cit.), ad art. 73, p. 141.

²⁴ Sur la conception de la libération conditionnelle dans l'AE, J. Baumann : *Der AE und der Strafvollzug*, MSchrKrim 1968, p. 321.

²⁵ Les deux textes parlent d'un « Strafvollstreckungsgericht » et non d'une « Vollzugskammer », proposée dans le projet de loi d'exécution de 1971. A. Böhm (op. cit.), p. 336, regrette les limites strictes imposées au TAP qui ne peut ainsi ni participer ni prendre de décisions dans le cadre de l'application effective des sanctions pénales.

les²⁶. On a ainsi expérimenté les solutions relatives à l'organisation de cette juridiction, à la qualité de ses membres, à la formation requise et à ses compétences juridictionnelles. La forme collégiale a été adoptée non seulement parce que les dispositions légales en vigueur l'imposaient, mais aussi parce que l'expérience tend à en démontrer la valeur ; d'un point de vue formel, en outre, certains auteurs²⁷ contestaient la possibilité d'attribuer à un juge unique la compétence de modifier des décisions pénales prises par les juridictions collégiales que sont, dans la plupart des cas, les juridictions de jugement²⁸. En revanche, le juge de l'application des peines pourrait s'imposer lorsque la condamnation a été prononcée en première instance par un juge seul²⁹.

Les compétences matérielles d'une juridiction de l'application des peines posent des problèmes qui ressortissent à de très nombreuses disciplines des sciences sociales, dont le droit et la politique criminelle. Si le juge de carrière est indispensable dans une telle juridiction, sa formation traditionnelle est en revanche tout à fait insuffisante. « Das Vollstreckungsgericht der Zukunft ist nur zu verwirklichen, wenn die Strafvollstreckungsrichter über ausreichende Erfahrungen als Strafrichter verfügen, und zusätzlich die erforderlichen Kenntnisse in Strafvollstreckung und Vollzug, der Gerichts — und Bewährungshilfe, der Kriminologie und verwandten Gebieten besitzen »³⁰. Il faut également assurer une collaboration étroite avec tous les spécialistes et toutes les autorités de l'application des peines, d'une part pour coordonner les efforts accomplis par des disciplines diverses, d'autre part pour éviter l'isolement de cette juridiction spécialisée, risque qu'il ne faut pas sous-estimer. Aussi des propositions sont-elles faites en vue de créer une communauté de travail regroupant juges, ministère public, médecins et psychologues, autorités

²⁶ L'ensemble de l'expérience et ses conclusions sont décrites par R. Thomann : *Das Vollstreckungsgericht* (op. cit.). Ce tribunal de l'application des peines ne s'est pas vu attribuer de compétences en matière de juridiction administrative, et notamment les recours fondés sur l'art. 23 EGGVG, ce qui est pourtant souhaité (R. Thomann : *op. cit.*, p. 139).

²⁷ Th. Grunau : *op. cit.*, p. 518, et H. Tröndle : *op. cit.*, p. 432.

²⁸ Tout comme A. Böhm (*op. cit.*, p. 336), nous ne sommes guère convaincu par ces arguments formels et excessivement procéduraux : « Schliesslich greifen Vollstreckungsleiter und Vollstreckungsgericht nicht in den Bestand eines rechtskräftigen Urteils ein, sondern sie führen nach gesetzlichen Massstäben, die zunehmend objektiviert worden sind, den Urteilsspruch aus. » Cet auteur est d'autre part assez favorable au juge unique (*op. cit.*, p. 337) et se réfère au juge des enfants, à qui est confiée, comme Vollstreckungsleiter, la direction effective de l'application des sanctions. Sur cette fonction, G. Grethlein : *Jugendgerichtsgesetz*, 2^e éd. Berlin, 1965, p. 256 et ss.

²⁹ R. Thomann : *op. cit.*, p. 140. Dans le même sens, K. Peters : RIDP 1970, p. 399 et 407.

³⁰ R. Thomann : *op. cit.*, p. 141.

pénitentiaires et assistants sociaux, présentant certaines analogies avec les commissions pénitentiaires et les comités de probation français ³¹, et d'aménager une rotation périodique des juges pénaux et de l'application des peines ³².

Les principes de procédure sont simples : elle doit être rapide et orale et s'inscrire dans l'effort constant de resocialisation. « Es soll das Vertrauen des Täters in die Massnahmen der Justiz, des Strafvollzuges, der Bewährungs — und Gerichtshilfe stärken und die Gesellschaft enger als bisher mit dem Gebot der Hilfe am Nächsten vertraut machen » ³³. La procédure peut également resserrer encore les liens qui devraient exister entre les différentes « parties » intervenant dans l'application des peines et mesures.

La clé de voûte de cette procédure est incontestablement l'audition du condamné. Elle peut se faire dans l'établissement pénitentiaire, mais dans des conditions qui permettent au condamné de se sentir respecté. Le ministère public ³⁴ et un défenseur peuvent y assister. L'expérience a démontré que la participation des autorités pénitentiaires à l'audition du condamné était quelque peu délicate et qu'il ne convenait pas que soit décrit systématiquement, devant cette juridiction, et en détail, le comportement du condamné. L'assistant social de l'établissement est également entendu. Dans les cas difficiles, une expertise peut être ordonnée.

Les dispositions actuelles rendent l'appel difficile. Bien que certains auteurs refusent en principe l'appel pour les décisions de l'application des peines ³⁵, on ne voit pas pourquoi cette voie de recours devrait être exclue a priori ; mais il faudrait naturellement l'envisager en fonction des nécessités particulières de ce domaine.

L'expérience de Karlsruhe est très intéressante à plus d'un titre. En elle-même, elle constitue le banc d'essai d'une institution à l'étude, tentative hardie dans un domaine où les institutions gardent souvent, jusqu'à la réforme imposée par le législateur et parfois au-delà, leurs formes traditionnelles et leurs habitudes. C'est aussi la meilleure façon

³¹ R. Thomann : *op. cit.*, p. 144.

³² R. Thomann : *op. cit.*, p. 143. Th. Grunau avait déjà attiré l'attention sur ce point en constatant que le lien entre juridictions de jugement et de l'application des peines devait se faire sur le plan individuel, soit au niveau des juges eux-mêmes, afin que les expériences se répercutent réciproquement sur les condamnations et sur l'application des peines (*op. cit.*, p. 514).

³³ R. Thomann : *op. cit.*, p. 145.

³⁴ A. Böhm ne se montre guère favorable à la participation du ministère public, notamment en ce qui concerne la libération conditionnelle ; il est d'avis que l'application des peines devrait s'affranchir de l'intervention de cette autorité (*op. cit.*, p. 337).

³⁵ Th. Grunau : *op. cit.*, p. 512.

de fournir au législateur des éléments d'appréciation tout à fait valables et sûrs. Le tribunal de l'exécution des peines de Karlsruhe semble avoir eu de bénéfiques conséquences à la fois sur les juges, en les associant étroitement à la tâche de resocialisation, et sur les condamnés, en leur prouvant qu'ils peuvent être traités comme des hommes, écoutés et compris.

41. LE PROJET DE LOI SUR L'APPLICATION DES SANCTIONS PÉNALES DE 1971. (ESTVG)

L'opinion dominante, en Allemagne, ne conçoit plus une réforme d'ensemble du droit pénal sans l'élaboration d'une loi d'application des peines et mesures³⁶ ; selon certains auteurs, celle-ci devrait même, on l'a dit, avoir la priorité³⁷.

En 1967, une commission fédérale était chargée par le ministre de la Justice d'établir un projet de loi sur l'application des peines. Ses travaux se sont terminés en février 1971 par la publication du projet³⁸, qui marque une date capitale dans l'histoire de la légalité dans l'application des sanctions pénales. « Son importance est considérable, non seulement parce qu'il est l'aboutissement d'un travail sérieux et approfondi d'une commission judicieusement composée, où les praticiens et les exécutants n'ont pas été oubliés, mais aussi parce qu'il ne se borne pas à proclamer des principe mais s'attache à en assurer *le respect* en soumettant l'exécution des peines à une réglementation précise ainsi qu'au double contrôle de l'opinion publique et de la justice par la création de conseils permanents et d'une juridiction pénitentiaire »³⁹. Il n'est pas question de se livrer ici à une analyse exhaustive de ce texte⁴⁰ et il suffit de mentionner

³⁶ H. Müller-Dietz : *Strafvollzugsgesetzgebung* (op. cit.), p. 44.

³⁷ J. Baumann : *Die Reform des Strafvollzuges* (op. cit.), p. 105. « Was wir benötigen, ist nicht so sehr eine neues StGB sondern ein Vollzugsgesetz. »

³⁸ Bien que publié par le Ministère de la Justice, ce texte est présenté comme le projet de la Commission et non comme le projet officiel.

³⁹ J. Hilbold : *La réforme pénitentiaire en Allemagne fédérale*. RPD 1972, p. 287.

⁴⁰ Peu de commentaires ont d'ailleurs paru sur le texte même du projet. Cf. H. Müller-Dietz : *Wege zur Strafvollzugsreform* (op. cit.), p. 117 et ss. Même auteur : *The Reform of the Criminal Correction System in West Germany*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire* (op. cit.), p. 328. Il faut enfin considérer le « *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes* » (op. cit.) comme le texte critique le plus important concernant ce projet. Bien que présenté par ses rédacteurs comme une utopie (Vorwort p. 3), il faut espérer que le texte définitif saura s'inspirer très largement de ses propositions. Sur ce texte et ses objectifs, S. Quensel : *Zusammenarbeit zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft bei einem Alternativ-Entwurf zu einem Strafvollzugsgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, RPS 1973, p. 12.

que les buts précis de l'application des sanctions pénales sont énoncés, que le plan de traitement est détaillé, de même que sont expliquées et réglementées les relations que le détenu peut entretenir avec l'extérieur. Le travail pénitentiaire s'intègre aux objectifs du traitement ; la liberté de conscience, les soins médicaux, la formation et l'occupation des loisirs, l'assistance sociale sont garantis. Les méthodes de contrainte directe et l'emploi des armes à feu sont soumis à des conditions de stricte proportionnalité. Les mesures disciplinaires et leur exécution sont précisées, et quinze articles sont consacrés aux voies de droit et à la protection judiciaire de l'application des sanctions pénales.

L'administration reste la première responsable de l'application des peines. « Le chef de l'établissement dirige l'ensemble de l'application pénitentiaire » (art. 147, al. 2 EStVG). Aussi est-ce à lui que doit s'adresser un détenu pour présenter ses réclamations ou ses désirs. Le droit de saisir les autorités administratives de surveillance est également garanti. Toute décision du chef de l'établissement peut faire l'objet d'un recours en justice (art. 100 EStGV), porté devant une chambre de l'application des peines (Vollzugskammer)⁴¹, compétente selon le lieu de l'établissement pénitentiaire. Sont parties à la procédure judiciaire, le détenu, l'autorité pénitentiaire dont la décision ou l'absence de décision est contestée, et le ministère public. Ce recours doit être introduit dans les quinze jours, à compter de l'application ou de la connaissance d'une mesure ou d'une décision quelconque. Il n'a pas d'effet suspensif, sauf si certains droits du recourant peuvent être atteints et s'il n'existe aucune exigence imposant l'exécution immédiate de la mesure (art. 104 EStVG). L'examen de la chambre d'application des peines porte sur les conséquences de la mesure sur les droits du détenu, tels qu'ils lui sont reconnus par la loi fondamentale⁴², la législation générale et spéciale et la loi d'application (par exemple : art. 26, 29 et 51 EStVG). En cas de libre appréciation de l'administration pénitentiaire, la chambre d'application examine si les limites légales de ce pouvoir d'appréciation ont été respectées et s'il a été utilisé conformément au but pour lequel il a été établi (art. 105 EStVG). Cette juridiction rend alors des ordonnances : la mesure peut être levée, annulée ou déclarée contraire au droit ; la chambre de l'application des peines peut, si le refus ou l'omission de l'administration péni-

⁴¹ Le choix terminologique est ici établi en fonction des compétences de cette juridiction dans le domaine de l'application proprement dite des peines. Il ne s'agit plus d'exécution au sens procédural (Vollstreckung), mais bien d'application « pénitentiaire » (Vollzug).

⁴² I. von Münch : *Die Grundrechte des Gefangenen*, JZ 1958, p. 73. K. Tiedemann : *Die Rechtsstellung* (op. cit.), p. 113 et ss.

tentiaire porte atteinte aux droits du détenu, ordonner que soient exécutées les mesures adéquates (art. 106 EStVG).

Un recours est possible devant la chambre d'appel correctionnel de la cour d'appel (Strafsenat des Oberlandesgerichts — art. 108 EStVG). Il peut être formulé dans le mois qui suit l'ordonnance de première instance ; l'assistance d'un avocat est alors nécessaire.

Le chef de l'établissement, on l'a signalé, garde selon le projet une certaine autonomie et le contrôle judiciaire ne met pas en cause son autorité. L'exécution pénale reste donc, en un sens, l'affaire privée du chef d'établissement⁴³, ce qui constitue la principale faiblesse du projet : « Doch sobald es um die Transformation organisations-soziologischer und sozialpädagogischer Erkenntnisse in rechtliche Regelungen geht, ziehen sich die Entwürfe auf die überkommenen Bastionen des Entscheidungsmonopols und der monokratischen Amtsführung des Anstaltsleiters zurück »⁴⁴.

Il ne faut pourtant pas en conclure que le projet soit à rejeter. Il contient de nombreuses dispositions consacrant la participation et la coopération du détenu au travail entrepris dans le cadre du traitement pénitentiaire (par exemple : art. 4 et 72 EStVG), constitue un véritable mémento des droits et des obligations légales du condamné, prévoit des modalités nouvelles pour l'application des peines privatives de liberté et des mesures et consacre enfin très largement la participation judiciaire à l'application des sanctions pénales, limitée pourtant à une activité de contrôle, conformément à la doctrine allemande dominante⁴⁵. Il révèle donc qu'une profonde réforme s'est opérée dans la conception même du contrôle judiciaire depuis le projet de 1962. Un long chemin a été parcouru, qui rapproche définitivement la justice pénale de l'application des peines, puisque le pouvoir judiciaire se prononcera sur la condition du condamné et sur le titre légal de son statut individuel, et qu'il contrôlera aussi toutes les décisions litigieuses prises dans le cadre du traitement pénitentiaire.

42. CONCLUSIONS.

L'examen approfondi de la condition pénitentiaire a donc conduit à une refonte complète de la participation judiciaire à l'application des sanctions pénales. Les postulats traditionnels n'ont cependant pas tous

⁴³ W. Hermann : *Ueberlegungen zur gegenwärtigen Situation des Strafvollzuges*. MSchrKrim 1966, p. 370. C. Roxin : *Strafzweck und Strafrechtsreform. Programm für ein neues StGB* (op. cit.), p. 86.

⁴⁴ H. Müller-Dietz : *Wege zur Strafvollzugsreform* (op. cit.), p. 170.

⁴⁵ H. Schüler-Springorum : *op. cit.*, p. 267. K. Peters : RIDP 1970, p. 407.

été ébranlés. Le principe même du recours, qui limite l'intervention judiciaire au contrôle de décisions sanctionnelles contestées par le condamné, est maintenu et l'administration pénitentiaire est ainsi à l'abri de toute ingérence judiciaire dans le fonctionnement et la gestion des services généraux de l'établissement. Est-ce suffisant pour garantir la légalité de l'application sanctionnelle ? H. Tröndle estime, qu'en l'état actuel du droit et de la procédure, une garantie offerte au seul condamné qui la réclame est insuffisante : « C'est en effet précisément dans ce domaine (l'exécution des sanctions pénales) que des garanties juridiques devraient être accordées d'office, sous forme institutionnelle, et non pas simplement sur requête » ⁴⁶. Le projet de loi sur l'application des peines répond en partie à ce vœu en instituant des garanties légales. Mais, dans un domaine aussi traditionnellement dépourvu de droits, peut-on se contenter d'affirmer que certains d'entre eux seront *protégés*, alors qu'il faudrait bien davantage les faire *respecter*, ce qui est quelque peu différent ? ⁴⁷

Le projet propose un système d'application des sanctions qui n'est toutefois pas exclusivement axé sur le contrôle judiciaire, mais qui reconnaît la nécessité et l'utilité de nombreux services et conseils et impose un travail d'équipe à tous les artisans de l'application pénitentiaire. On doit néanmoins se demander quelle est, dans une telle complexité d'institutions, la véritable fonction de la chambre de l'application des peines. Sera-t-elle confinée dans son rôle de contrôle des cas litigieux, ou pourra-t-elle participer efficacement à l'œuvre entreprise collectivement par l'ensemble des experts et fonctionnaires de l'administration pénitentiaire ? Le projet ne le dit pas. Mais certaines réponses se dégagent de la réussite de l'expérience de Karlsruhe, qui dessine très concrètement les contours d'une telle juridiction ⁴⁸.

En conclusion, il faut déplorer que le projet de 1971, dont les mérites sont réels, se préoccupe presque exclusivement de problèmes pénitentiaires. Certes, il est destiné à régler avant tout l'application des peines et mesures privatives de liberté, ce qui explique qu'il ne consacre que quelques dispositions aux aspects post-pénaux ou à l'application de mesures restrictives de droits et réserve le contrôle judiciaire aux détenus. On admet néanmoins difficilement aujourd'hui que le législateur se borne à imposer la légalité et à la garantir dans le seul domaine des sanctions privatives de liberté. L'opposition croissante que rencontrent, non seule-

⁴⁶ H. Tröndle : RDIP 1970, p. 410.

⁴⁷ W. Hermann : *op. cit.*, p. 362.

⁴⁸ R. Thomann : *op. cit.*, p. 143.

ment les courtes peines, mais plus généralement les sanctions privatives de liberté, se traduit, notamment dans le projet alternatif, par la création de multiples substituts, dans l'application desquels certains droits devraient être respectés et juridictionnellement garantis. Or le projet de 1971 semble s'en désintéresser. Ce qui est regrettable, et de nature à entraîner l'inadéquation du droit sanctionnel au droit de fond.

TROISIÈME PARTIE

LA SUISSE, UN SYSTÈME PERFECTIBLE

43. LE CADRE LÉGAL DE L'EXÉCUTION : HISTORIQUE.

Le peuple suisse a adopté, en 1898, l'art. 64 bis CF, qui confère à la Confédération le droit de légiférer en matière de droit pénal et réserve la souveraineté cantonale « dans la même mesure que par le passé » pour l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice. Cette disposition constitutionnelle ne mentionne donc pas l'exécution des sanctions pénales, et il est bien difficile de savoir si cette lacune fut voulue ou si elle résulte simplement d'une assimilation sommaire de l'exécution pénale à l'exécution civile¹. Toujours est-il que, dès lors, toutes les interprétations furent possibles.

Avant même le long orage politique déclenché par l'unification du droit pénal, Stooss, le premier, avait prévu les difficultés que pourrait provoquer, dans un pays fédéraliste, l'application inégale du droit de fond. Aussi avait-il suggéré, dans l'exposé des motifs de son avant-projet, l'élaboration d'une loi d'exécution des peines, ayant pour base l'art. 21 dudit projet, traitant du régime des peines privatives de liberté². Mais plus encore soucieux de l'avenir des mesures de sûreté, qu'il ne voulait pas laisser à l'appréciation des juridictions de jugement, Stooss proposait la création d'une *autorité fédérale spéciale* compétente en la matière, dont la composition et le fonctionnement seraient réglés par une *loi fédérale spéciale* (art. 40 avant-projet de 1893). « Chargée exclusivement de cet examen, soulagée des occupations si diverses qui surchargent les tribunaux, cette autorité, on peut y compter, vouera à sa tâche son attention toute entière ; elle saura s'élever au-dessus de la routine bureaucratique et du formalisme des juristes. La composition judicieuse de la commission augmentera encore la confiance qu'elle doit inspirer »³.

¹ Des réserves identiques concernant les compétences cantonales se retrouvent en effet à la fois dans l'art. 64, dernier alinéa, CF concernant le droit civil, et 64 bis CF concernant le droit pénal.

² C. Stooss : *op. cit.*, p. 39. Signalons d'autre part qu'une thèse neuchâteloise, rédigée parallèlement à notre étude, est exclusivement consacrée au contrôle du juge dans l'application des sanctions pénales en droit suisse. Nous y renvoyons le lecteur qui y trouvera certains développements sur l'historique de la question, les règles de partage de l'art. 64 bis CF et les exigences d'une participation judiciaire dans le nouveau droit pénal, depuis la réforme du CPS de 1971 ; cf. Dick F. Marty : *Le rôle et les pouvoirs du juge suisse dans l'application des sanctions pénales* (*op. cit.*).

³ C. Stooss : *op. cit.*, p. 49 et 50.

Stooss avait ainsi jeté les bases d'une loi fédérale d'exécution des peines et suggéré une exécution centralisée des mesures d'internement. Il s'affranchissait des scrupules de certains fédéralistes et avouait ses craintes d'une mise en échec de sa politique criminelle par une application cantonale trop inégale. Ce sont surtout les décisions d'internement qui, à ses yeux, devaient échapper à une répression « oscillant sans cesse entre une rigueur exagérée et une clémence injustifiée »⁴.

Et c'est ainsi que les travaux préparatoires du CPS, et plus particulièrement ceux de la 2^e Commission d'experts, seront riches en débats sur la réglementation de l'exécution pénale et la place qu'il faut accorder à celle-ci dans le texte même du CPS⁵. E. Zürcher s'oppose à toute disposition détaillée sur ce sujet au motif que l'exécution des peines est réservée aux cantons⁶, opinion qu'il répète dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de 1908 : « Le nouvel article 64 bis CF ne contient rien sur l'exécution des peines (...) Il faut en conclure qu'on a évidemment voulu laisser aux cantons le droit de construire et de gérer les établissements où s'exécutent des peines privatives de liberté et celui d'édicter des prescriptions sur cette matière »⁷. Cette position se fonde sur une interprétation extensive de l'alinéa 2 de l'art. 64 bis CF, et notamment du concept même de l'administration de la justice (*Rechtsprechung*), qui comprend pour E. Zürcher l'exécution des jugements⁸. A. Gautier déclare plus catégoriquement encore que « l'exécution des peines est réservée aux cantons par nos textes constitutionnels »⁹. De telles interprétations de l'art. 64 bis CF sont loin de faire l'unanimité. « Die Verfassung behält denn auch den Kantonen nicht die Gesetzgebung über den Strafvollzug vor »¹⁰. Il s'agit toutefois moins d'une exégèse juridique stricte que d'une querelle politique opposant partisans et adversaires du fédéralisme dans le cadre du partage des compétences entre cantons et Confédération. Lors des débats parlementaires, Logoz assure ainsi que « l'exécution des peines doit rester cantonale »¹¹, en justifiant son affirmation par une analyse sommaire de l'art. 64 bis CF.

⁴ *Idem*, p. 79.

⁵ G. Delaquis : *op. cit.*, p. 14.

⁶ *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, Vol. I, Lucerne 1912, p. 242.

⁷ E. Zürcher : *op. cit.* (trad. A. Gautier), Berne 1914, p. 4.

⁸ *Annexe I aux procès-verbaux de la 2^e Commission d'experts*, Berne 1916, p. 100.

⁹ *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, Vol. IX, Lucerne 1920, p. 196.

¹⁰ W. Burckhardt : *op. cit.*, p. 596.

¹¹ Bulletin sténographique (Conseil National), 1928, p. 9 et 144. Déclaration dans le même sens : de Meuron, p. 31. Dans son commentaire du CPS, Vol. I (Neuchâtel 1939), Logoz reconnaît toutefois que l'art. 64 bis CF est muet sur ce point (p. 151).

Les propositions n'ont pourtant pas manqué, qui tendaient à contraindre le législateur fédéral à définir dans le CPS les modalités, les buts et les limites de l'exécution des peines. Il suffit de rappeler les suggestions de Studer¹², ou d'autres propositions détaillées concernant l'ensemble du régime pénitentiaire, sur le travail et la condition du condamné¹³, qui ont été systématiquement rejetées, car elles n'avaient pas, disait-on, leur place dans le CPS¹⁴. Les arguments juridiques en leur faveur ne manquent pourtant pas. Selon Kaiser, par exemple, le droit d'exécution appartient au droit matériel et tombe donc sous le coup de l'al. 1 de l'art. 64 bis CF, et non de l'al. 2 ; de plus, comme le droit de fond ne se borne pas à déterminer les actes illicites, la compétence du législateur fédéral doit s'étendre au droit d'exécution (Strafvollzugsrecht)¹⁵, l'octroi de subventions fédérales ne consacrant qu'une attribution limitée à l'exécution stricte (Durchführung des Strafvollzuges) en faveur des cantons.

Lang était du même avis : « Es kann doch kein Zweifel bestehen, dass alle Bestimmungen, welche sich auf den Zweck der Strafe und die Art und das Wesen des Strafübels beziehen, zum materiellen Strafrecht gehören und dass wir Bestimmungen dieser Art aufzunehmen berechtigt sind »¹⁶. Certains soutinrent les propositions initiales de Stooss en faveur d'une loi d'exécution fédérale, à laquelle s'opposèrent notamment Zürcher¹⁷ et Hafter¹⁸. On tint dès lors pour acquis que le CPS ne devait contenir que des principes généraux nécessaires à son application uniforme, des dispositions administratives ultérieures réglant les normes de l'exécution et la construction des établissements.

Les raisons politiques¹⁹, jointes à quelques considérations budgétaires d'importance²⁰, ont donc entraîné le rejet de toutes les propositions tendant à conférer à la Confédération des responsabilités plus importantes dans le domaine de l'exécution des sanctions pénales, et fait échec à la création d'une loi fédérale d'exécution pénale²¹.

¹² « Bei strengen Anforderungen an Ordnung, Gehorsam, Unterordnung und Arbeit soll doch der Verurteilte nicht gedemütigt und wiedergedrückt und seine Selbstachtung und Menschenwürde nicht verletzt werden. » *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, Vol. I, Lucerne 1912, p. 240.

¹³ *Idem*, Vol. II, Lucerne 1913, p. 88.

¹⁴ G. Delaquis : *op. cit.*, p. 14.

¹⁵ *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, Vol. IX, Lucerne 1920, p. 82.

¹⁶ *Idem*, p. 85.

¹⁷ *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, Annexe I, Berne 1916, p. 99.

¹⁸ *Idem*, p. 95 et ss.

¹⁹ C. Ludwig : *op. cit.*, p. 238 et les déclarations de Logoz au Conseil National, Bulletin sténographique, 1928, p. 165.

²⁰ Rappelées par F. Clerc : *Le CPS doit-il contenir des dispositions relatives à l'exécution des peines* (*op. cit.*), p. 5.

²¹ G. Delaquis : *op. cit.*, p. 39.

On peut donc tenir pour acquis que l'idée d'une loi fédérale sur l'exécution des peines et mesures, ainsi que l'idée d'une autorité fédérale compétente pour certaines mesures, sont aussi vieilles que l'avant-projet de notre CPS. On peut enfin rappeler qu'en 1931, W. Burckhardt reconnaissait au législateur fédéral (et non à l'exécutif) de larges compétences en matière d'exécution pénale, au motif que celle-ci est intimement liée au droit de fond : « Der Bundesgesetzgeber wäre daher auch zweifellos zuständig, zu bestimmen, welche Strafanstalten von den Kantonen bereitzustellen sind, und welche Anstaltsordnung gelten soll, denn all das und gerade das macht die Eigenart der Freiheitsstrafe aus, die er androht »²².

Le contexte politique des travaux préparatoires du CPS n'a pas permis de faire au contrôle judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales la place qui lui revenait logiquement dans le système conçu par Stooss. Certains auteurs se sont pourtant exprimés en faveur d'une participation étroite du juge à l'application des peines. Pour C. Ludwig, cette participation est nécessaire pour des raisons pratiques et très concrètes, bien qu'elle ne se justifie en théorie ni par la nature de la procédure et du jugement pénal, ni par les buts de la peine et les exigences de l'état de droit : « Die vollkommene Fernhaltung des Richters vom Strafvollzug führt dazu, dass die mit den verschiedenen Funktionen der Strafrechtspflege betrauten Organe einander fremd bleiben, und dass daher dem Richter die Gelegenheit fehlt, sich über die Wirksamkeit und die Wirkungen der von ihm ausgesprochenen Strafen zu unterrichten »²³. La même idée se retrouve chez G. Krönig ; la participation « würde das Gericht zwingen, im Rahmen seiner normalen Erkenntnisfunktion die weitere persönliche Entwicklung des Verurteilten, sei es in der Freiheit, sei es was hier hauptsächlich interessiert, im Strafvollzuge, zu berücksichtigen »²⁴.

Selon Ludwig, le juge doit donc se voir accorder des compétences juridictionnelles, en toute hypothèse dans les cas contestés, pour l'interruption ou la prolongation de l'exécution de la peine, pour la déduction sur la durée de la peine du séjour dans un établissement spécialisé (hospice ou hôpital psychiatrique), pour l'octroi et la révocation de la libération conditionnelle, l'établissement du délai d'épreuve et la fixation des obligations imposées au libéré²⁵. Ces propositions — leurs auteurs le

²² W. Burckhardt : *op. cit.*, ad art. 64 bis CF, p. 596.

²³ C. Ludwig : *op. cit.*, p. 278.

²⁴ G. Krönig : *op. cit.*, p. 89.

²⁵ Certaines de ces propositions ne sont que le reflet de l'état du projet de CPS en 1930 (art. 36 et 38). Mais la majorité d'entre elles n'ont pas trouvé grâce auprès du législateur fédéral.

reconnaissaient — dépassent largement le cadre des justifications purement pratiques : « Somit bildet die Beziehung des Richters zum Strafvollzug ein bedeutsames Mittel zur Herbeiführung vertiefter *Gerechtigkeit* auf dem Gebiet der gesamten Strafrechtspflege »²⁶. Il s'agit donc d'obtenir, par l'extension des expériences psychocriminologiques du juge, une justice pénale suivie d'une application équitable mais aussi légitime.

Ces diverses propositions législatives et doctrinales en vue de la participation du juge à l'application des sanctions pénales ont malheureusement avorté.

44. LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DES SANCTIONS PÉNALES.

a) *Le contrôle cantonal.*

Les importantes concessions faites aux administrations cantonales de la justice ont conduit au maintien, voire à la floraison de systèmes de contrôle si variés que les rares auteurs qui en ont tenté la synthèse n'ont pu que décrire, canton par canton²⁷, les autorités intervenant dans l'exécution des peines et mesures. Ces divers systèmes possèdent néanmoins une caractéristique commune, à savoir la prépondérance des autorités administratives et plus spécialement de l'autorité exécutive supérieure²⁸ (Conseil d'Etat). Quelques cantons ont créé des commissions de surveillance, dont la dépendance à l'égard du pouvoir exécutif est très marquée. Elles sont, pour la plupart, nommées par le Conseil d'Etat « so dass es der Regierungsrat an sich in der Hand hätte, dem Strafvollzug eine möglichst regierungsfromme Ueberwachung zu geben »²⁹.

Les compétences de ces commissions sont souvent limitées à des visites périodiques d'établissements durant lesquelles la cuisine, la chapelle, les locaux de travail et la bibliothèque sont minutieusement inspectés, et généralement à la satisfaction de tous les membres de ces commissions — du moins à en croire leurs rapports³⁰.

Trois cantons ont reconnu à leurs commissions certaines compétences décisionnelles (Tessin, Bâle-ville^{30 bis} et Genève), principalement en ma-

²⁶ C. Ludwig : *op. cit.*, p. 282.

²⁷ M. Schwarz : *Verzeichnis der Anstalten in der Schweiz des Straf- und Massnahmenvollzuges und der Untersuchungshaft*, Bâle 1954.

²⁸ H. Dubs : *op. cit.*, p. 325.

²⁹ H.F. Pfenninger : *Die Aufsicht* (*op. cit.*), p. 297.

³⁰ Berne, Fribourg et Valais connaissent de telles commissions ; Genève également, mais ses membres sont élus par le Grand Conseil. Cf. Pfenninger : *op. cit.*, p. 300.

^{30 bis} A. Schmid : *Die Baselstädtische Strafvollzugskommission*, RPS 1973, p. 385.

tière de libération conditionnelle. Certaines de ces commissions font largement place à des magistrats, ce dont on a parfois conclu que la participation judiciaire à l'exécution des peines était ainsi assurée³¹. Il faut cependant préciser que ces magistrats sont d'ordinaire les représentants du ministère public, habituellement soucieux de l'ordre public davantage que de prévention spéciale.

Pfenninger, qui a dressé l'inventaire sommaire de ce contrôle dans les différents cantons, propose en conclusion certains principes concernant la création d'une autorité de contrôle idéale, son indépendance, sa composition et ses compétences. Il semble fonder beaucoup d'espoir sur un organe collégial, nommé par les représentants du peuple, et indépendant de l'administration, à qui il n'hésite pas à confier des compétences décisionnelles :

1) comme instance de recours à disposition des fonctionnaires et employés de l'établissement pénitentiaire et des condamnés,

2) en matière d'octroi et de révocation de la libération conditionnelle.

Cette proposition, fondée avant tout sur ce qui existe dans certains cantons, n'est guère satisfaisante en ce qui concerne tant la composition et le statut de l'autorité envisagée que ses compétences. Une telle institution rallierait certes les suffrages de nombreux cantons, mais elle ne correspondrait en rien aux exigences actuelles de l'exécution et sa création aboutirait en outre à « parcelliser » encore l'autorité de la justice³², ce qui serait regrettable. L'élargissement du champ d'activité des commissions administratives ou politiques serait une demi-mesure ou un compromis qui pourrait faire dépendre plus étroitement l'exécution pénale d'organes collégiaux et ne représenterait pas une solution conforme au principe de la légalité dans l'application des sanctions pénales. S'il fallait absolument conserver les commissions qui existent actuellement³³, ce

³¹ Ch. Gilliéron : *op. cit.*, p. 277. Faisant allusion à ces institutions de droit cantonal, R. Warlomont (*Le contrôle juridictionnel de la libération conditionnelle en Belgique*, RIDP 1956, p. 114) parle même de « commissions juridictionnelles » (p. 119 note 20).

³² H. Dubs (*op. cit.*, p. 335) exprime le même avis : « Die Schaffung solcher Spezialkommissionen führt überdies zu einer unerfreulichen Aufsplitterung der Justiz. »

³³ Les commissions bénéficient en Suisse de faveurs toute particulières. Ainsi H. Sturzenegger, qui a spécialement étudié la libération conditionnelle (*op. cit.*), propose également comme « autorité compétente » idéale une commission pluridisciplinaire avec un recours administratif au Conseil fédéral. « Die idealste « zuständige Behörde » für alle die bedingte Entlassung betreffenden Entscheide ist eine aus Vertretern der obersten kantonalen Justizbehörde, der Rechtsprechung, des Strafvollzuges, der psychiatrischen Medizin und der Schutz-aufsichts-Örgane gebildete spezielle Strafvollzugs-Kommission, die in eigener Kompetenz entscheidet » (p. 137).

ne pourrait être que dans un sens restrictif, c'est-à-dire que leurs compétences devraient se limiter à la surveillance générale des établissements pénitentiaires et ne plus s'étendre à l'application individualisée des sanctions pénales et de leurs modalités.

Il faut donc distinguer très nettement les attributions d'un organe collégial mi-politique, mi-administratif (dont les juges ne peuvent être exclus), responsable envers les pouvoirs législatifs et exécutifs cantonaux de la bonne gestion et administration des établissements pénitentiaires, et celles de l'autorité responsable du traitement pénitentiaire proprement dit, prenant des décisions en application du droit de fond et offrant toutes garanties de compétences et d'indépendance, par l'application d'une procédure judiciaire sanctionnée par des voies de recours : ces dernières attributions doivent être, conformément aux exigences de l'état de droit, confiées au juge dans le cadre de ses fonctions judiciaires. « Der Richter ist in erster Linie berufen, zwischen dem öffentlichen Interesse an der Resozialisierung oder Sicherung und dem fundamentalen Anspruch des Täters auf persönliche Freiheit objektiv abzuwägen, und diese schwierige interessenabägung muss ja nicht nur bei einer erstmaligen Anstaltseinweisung, sondern auch bei jeder Entlassung oder Rückversetzung neu vorgenommen werden. Das gerichtliche Verfahren bietet zudem im allgemeinen wesentlich bessere prozessuale Garantien als jedes Verwaltungsverfahren »³⁴.

b) *Le contrôle fédéral.*

Sur le plan fédéral, et jusqu'en 1968, c'est le Conseil fédéral, en qualité de juridiction administrative, qui connaissait des recours contre les décisions prises en dernière instance cantonale, notamment en matière d'exécution des peines ; ce domaine était en effet considéré comme relevant de l'exécution fédérale, en vertu des principes généraux régissant ses tâches (art. 102 ch. 2 CF) et de la « haute surveillance » à lui confiée par le CPS (art. 392 CPS)³⁵.

Les inconvénients de cette solution tenaient tant à la faiblesse des moyens dont disposait l'administrateur-juge (informations limitées et surcharge), qu'à la diversité des domaines dans lesquels il pouvait être appelé à décider³⁶. De plus, il était fréquemment chargé avant tout d'un contrôle de légalité, qu'une autorité judiciaire telle que le Tribunal fédéral

³⁴ H. Dubs : *op. cit.*, p. 334.

³⁵ Voir sur ce sujet : V. Kurt : *Die Aufgaben des Bundes* (op. cit.).

³⁶ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'extension de la juridiction administrative fédérale*. FF 1965, II, p. 1315 et ss.

aurait été mieux à même d'exercer : « Le contrôle de l'administration par des organes judiciaires garantit mieux les intérêts individuels que l'interdiction de toute ingérence des tribunaux dans l'activité administrative. Par conséquent (...) le principe secondaire du contrôle des pouvoirs devra prévaloir sur celui de leur indépendance » ³⁷.

En 1968, le pouvoir juridictionnel du Conseil fédéral en matière de droit public et de droit administratif a donc été considérablement réduit et confié au Tribunal fédéral ³⁸. Les recours en matière d'exécution des peines pour violation du droit fédéral, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits, qui imposent à l'autorité qui les examine « de résoudre, dans une large mesure, des questions de droit » ³⁹, sont attribués dès lors au Tribunal fédéral.

Comme se plaisait à le rappeler Grisel, avant ce transfert de compétence, « les particuliers intéressés à l'élargissement des attributions du Tribunal fédéral ne sont pas légion ». Il n'a pourtant pas omis de mentionner les détenus, qui « doivent avoir les moyens de faire respecter les droits que leur reconnaît l'ordre juridique » ⁴⁰.

De fait, les décisions prises par le Tribunal fédéral en matière de libération conditionnelle, en application de ses nouvelles attributions de juridiction administrative, ont incontestablement affirmé des principes qui n'avaient jamais été clairement établis auparavant par les décisions du Conseil fédéral.

En matière de procédure, la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 ⁴¹, reconnaît à tout administré le droit de consulter les pièces du recours, et le droit d'être entendu ⁴² (art. 26 à 30 LPA). Le Tribunal fédéral a déjà pu préciser l'application des principes de la garantie de la consultation des dossiers en matière de libération conditionnelle ⁴³, et du droit d'être entendu en matière de révo-

³⁷ A. Grisel : *L'extension de la juridiction administrative du Tribunal fédéral*, RSJ 1957, p. 35.

³⁸ *Loi fédérale modifiant la loi fédérale d'organisation judiciaire*, du 20 déc. 1968, ROLF 1969, p. 787.

³⁹ *Message* (cité), p. 1347. On peut ajouter que, se fondant sur les art. 104 et 105 nouveaux OJF, le pouvoir d'examen du TF est beaucoup plus large que celui qu'accordait au Conseil fédéral l'art. 127 al. 1 ancien OJF. Ce qui ne manquera pas d'avoir des incidences importantes sur l'étendue des questions débattues dans le cadre des recours en matière d'exécution des peines (cf. par ex. Arrêt Brique, ATF 1972, Ib, p. 167).

⁴⁰ A. Grisel : *L'extension* (op. cit.), p. 40.

⁴¹ LPA, ROLF 1969, p. 757.

⁴² *Message de la LPA*, FF 1965, II, p. 1403.

⁴³ Arrêt Brique, ATF 1972, Ib, p. 167 : certaines pièces du dossier peuvent ne pas être communiquées au recourant, « à condition qu'elles ne fonderont pas une décision prise à son détriment, et pour autant que cela soit justifié au regard de l'art. 27, al. I LPA » (p. 171).

cation⁴⁴ (art. 38, ch. 4, al. 2, CPS). En se fondant sur les dispositions du droit de fond, le Tribunal fédéral a très nettement défini la notion stricte du pronostic en matière de libération conditionnelle (art. 38, ch. 1, al. 1 in fine CPS)⁴⁵, et souligné que « la nature des délits commis ne saurait intervenir dans l'application de l'art. 38 CPS »⁴⁶.

L'importance d'un tel transfert de compétence ne peut échapper dans le présent examen du contrôle judiciaire dans l'exécution des sanctions pénales. Les décisions cantonales de dernière instance sont désormais contrôlées par une autorité judiciaire fédérale, ce qui apporte un argument décisif en faveur de l'institution d'autorités judiciaires cantonales chargées des décisions sanctionnelles⁴⁷.

Ces observations, fondées sur le fonctionnement administratif du contrôle cantonal de l'exécution des peines, sur la doctrine et les nouvelles attributions du Tribunal fédéral en la matière, devraient évidemment marquer la fin du règne de l'autorité administrative dans le domaine de l'exécution, et imposer, dans le CPS, la suppression de cette fâcheuse

⁴⁴ Arrêt Mettraux, ATF 1972, Ib, p. 172 : « Lorsque la situation juridique risque d'être modifiée à son détriment par une décision, le citoyen a, d'une manière générale, le droit d'être entendu auparavant par les autorités compétentes, de façon à pouvoir s'exprimer sur les motifs retenus par celles-ci » (p. 175).

⁴⁵ Arrêt Vuille, ATF 1972, Ib, p. 106 : « Un simple risque de récidive est inhérent à toute libération, conditionnelle ou non. L'autorité, qui n'accepte de libérer conditionnellement un détenu que si elle est convaincue qu'il se conduira bien en liberté, exige trop. Il suffit en effet de pouvoir raisonnablement poser un pronostic favorable » (p. 107). Bien qu'ayant fait l'objet de fréquents recours administratifs tranchés par le Conseil fédéral, la définition du pronostic (cf. notamment RPS 1948, p. 233, JAAF 1962-63, N° 87) n'avait jamais été aussi clairement dégagée conformément à l'esprit même de la libération conditionnelle, destinée à être l'étape la plus importante et peut-être la plus nécessaire de la privation de liberté, celle de la mise à l'épreuve. On peut d'ailleurs rappeler que les conditions de la libération conditionnelle ont fait l'objet de décisions cantonales si surprenantes (cf. par ex. BJP 1970, N° 132), qu'il est temps que son octroi, et plus encore son refus, soient contrôlés par une autorité judiciaire.

⁴⁶ ATF 1972, Ib, p. 107.

⁴⁷ Se rapportant au droit de recours du condamné, I. Weiss mentionne l'importance de cette modification : « Hinzuweisen bleibt noch auf die im Rechtssystem sehr bedeutsame Neuerung im Zusammenhang mit dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit (...): der kantonale Verwaltungsakt unterliegt der richterlichen Ueberprüfung durch das Bundesgericht » (*op. cit.*, p. 161). Et faisant allusion au juge de l'exécution, Clerc relevait récemment « qu'il n'est pas exclu que la récente révision du CPS conduise à envisager cette formule et cela d'autant plus que, pour contrôler l'administration, nous voyons se développer très rapidement la juridiction administrative. La Confédération est entrée dans cette voie, de sorte que les recours contre les décisions cantonales en matière d'exécution ne sont plus examinés par le pouvoir exécutif, mais par le Tribunal fédéral lui-même » (*Les récentes transformations du CPS*, RSC 1972, p. 324).

dénomination d'« autorité compétente », témoin d'un temps révolu où le droit de fond était contraint d'affirmer la nature administrative des décisions de l'exécution pénale afin de sauvegarder l'autonomie cantonale.

45. LA PARTICIPATION JUDICIAIRE DANS L'APPLICATION DES SANCTIONS PÉNALES.

Le CPS de 1937 ⁴⁸ avait très timidement et de façon assez incohérente fait place aux décisions du juge, avant tout dans l'application des mesures destinées aux anormaux mentaux dangereux (art. 17, ch. 3 CPS), de l'éducation au travail (art. 43, ch. 5, al. 2 CPS) et du renvoi de buveurs d'habitude en asile (art. 44, ch. 3, al. 2 CPS). Dans tous ces cas, la mission du juge était toutefois restreinte à la décision à prendre en fin de mesure concernant l'exécution de la peine prononcée parallèlement à la mesure lors de la condamnation et suspendue par l'exécution prioritaire de l'hospitalisation ou de l'internement ⁴⁹. Dans ces cas, le juge pouvait ordonner l'exécution de tout ou partie de la peine prononcée, voire ordonner sa remise totale. En matière de sursis, la compétence du juge se limitait à l'avertissement, accompagné de nouvelles règles de conduite, et, dans les cas graves, à sa révocation (art. 41, ch. 3, al. 1 et 2 CPS).

Ces dispositions, qui réduisaient évidemment le juge à la portion congrue, renfermaient en outre un ensemble disparate de dispositions d'application des peines et mesures appelant des décisions qui, malgré leur importance pour le condamné, étaient simplement abandonnées à la fameuse autorité compétente. Il suffit de rappeler que c'est l'administration qui statuait sur la cessation de l'internement des délinquants d'habitude à l'expiration de la durée minimum de trois ans (art. 42 CPS) ; l'administration jouissait également de larges compétences en matière de délai d'épreuve et de règles de conduite lors de l'élargissement d'une maison de travail (art. 43, ch. 5, al. 1 CPS), ou d'un asile pour buveurs (art. 44, ch. 4 CPS), comme en matière de réintégration.

Au cours de la deuxième révision partielle du CPS, consacrée en priorité à l'étude des dispositions sur l'exécution des peines et mesures, il apparut rapidement qu'une multitude de modalités d'exécution et l'assouplissement progressif de certains régimes de peines allaient imposer

⁴⁸ Les références suivantes se rapportent aux articles du CPS dans leur état antérieur à la dernière révision partielle.

⁴⁹ Sur les conditions de ces décisions, cf. O.A. Germann : *Zu den Massnahmen des Strafgesetzbuches*, RPS 1943, p. 28 (not. p. 36).

un nombre plus important encore de décisions en cours d'exécution. Aussi certains experts ont-ils « exprimé leur inquiétude devant l'absence du juge dans la phase de l'exécution des mesures et des peines, tant pour assurer une meilleure coordination du traitement et de la prévention de la délinquance que pour donner aux justiciables la certitude du respect des droits individuels »⁵⁰.

En fait, le régime des peines et des mesures n'a guère changé avec la loi fédérale du 18 mars 1971, et l'autorité compétente, voire l'autorité d'exécution (art. 37 bis, ch. 2 CPS), reste responsable de la libération conditionnelle (art. 38 et 45 CPS) et de l'application des mesures de sûreté (art. 42, 43, et 44 CPS). Le rôle traditionnel du juge est maintenu : il décidera, après la mesure, de l'opportunité d'ordonner l'exécution de la peine (art. 43, ch. 3, art. 44, ch. 5 et art. 45, ch. 3, al. 3 CPS). Cette même tâche lui est confiée dans l'application de la nouvelle mesure de placement en maison d'éducation au travail pour jeunes adultes (art. 100 ter, ch. 3 CPS).

Le bilan de la deuxième révision, quant à l'extension de la participation du juge à l'application des sanctions pénales, se solde très exactement par deux dispositions nouvelles :

1) dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, le CPS précise que « le juge pourra modifier ultérieurement la règle de conduite » (art. 41, ch. 2, al. 2 CPS), qui sera ainsi adaptable à toutes circonstances nouvelles « nonobstant le principe de la chose jugée »⁵¹. Mais avant la révision déjà, le juge pouvait changer les règles de conduite ou en imposer de nouvelles, en cas d'incident de peu de gravité ;

2) en matière d'internement des délinquants d'habitude, mesure de durée indéterminée, il est désormais prévu que « le juge pourra exceptionnellement mettre fin à l'internement avant l'expiration de sa durée minimum, si celui-ci ne se justifie plus » (art. 42, ch. 5 CPS). Le législateur a en vue « des circonstances extraordinaires, telles que des accidents qui font de l'interné un infirme, ou la castration dans le cas des délinquants sexuels, etc. »⁵².

Sur ce point, comme sur bien d'autres, la deuxième révision du CPS est une déception. Elle intervient d'ailleurs si tardivement qu'elle impose

⁵⁰ Ch. Gilliéron : *op. cit.*, p. 278.

⁵¹ V. Kurt : *Les dispositions révisées du CPS* (*op. cit.*), N° 77, p. 36.

⁵² V. Kurt : *ibid.*, N° 78, p. 21.

légalement des solutions aujourd'hui démodées ou sérieusement contestées⁵³. Elle n'a finalement absolument pas tenu compte d'une évolution certaine dans l'application des sanctions pénales, qui tend à intégrer aux dispositions du droit de fond des garanties strictes protégeant le condamné des excès d'une application sanctionnelle exclusivement punitive et expiatoire.

« Es gehört zur Wahrung der Struktur unseres Rechtsstaates, dass wir bei der weiteren Entwicklung des Strafrechts die Funktion des Gerichts nicht durch Uebertragung wichtiger Befugnisse an administrative Instanzen allmählich aushöhlen, sondern gerade in diesem Sektor schwieriger Entscheidungen Aufgabenbereich und Stellung des Strafrichters ausbauen und stärken »⁵⁴. Ce postulat est donc reporté à l'ordre du jour de la quatrième révision du CPS, qui ne pourra manquer de revoir une fois encore l'ensemble des dispositions concernant l'application des sanctions pénales. L'espoir, cultivé par certains, qu'elle abordera enfin les mesures non-institutionnelles laisse à penser que le problème de la participation et du contrôle judiciaire de l'application des sanctions pénales ne pourra plus, alors, être esquivé.

46. UNE RÉFORME EN TROIS POINTS.

1) *Attribution judiciaire des décisions sanctionnelles du CPS.*

La deuxième révision du CPS a plus que doublé le nombre des décisions pouvant intervenir au cours de l'application des peines et mesures. Elle a également introduit une nouvelle mesure pour les jeunes adultes. « L'une des caractéristiques du nouveau droit, tel qu'il résulte de la révision du CPS, est d'augmenter le nombre et l'importance des décisions postérieures au jugement et ayant une incidence directe sur la liberté individuelle »⁵⁵. Ce faisant, le législateur fédéral a incontestablement admis le principe de la légalité dans l'application des sanctions pénales, sans en tirer pourtant toutes les conséquences. Dans un système d'exécution qui détaille les conditions du prononcé et de la modification de

⁵³ On peut citer comme exemple la séparation entre primaires et récidivistes (art. 37, ch. 2, al. 2 CPS) qui a été retenue, « bien qu'elle ne fût déjà plus conforme aux nouvelles conceptions criminologiques » (V. Kurt : *Les dispositions révisées du CPS*, op. cit., N° 77, p. 23).

⁵⁴ H. Dubs : op. cit., p. 336.

⁵⁵ *Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant révision du Code de procédure pénale neuchâtelois*, du 18 février 1972, p. 11.

chaque sanction, l'application uniforme du droit fédéral ne peut en effet plus être assurée si la compétence de prendre les décisions nécessaires est abandonnée à des autorités dont la nature, la composition et les pouvoirs sont très différents ; cette multiplicité ne fait pas seulement obstacle à l'élaboration d'un droit sanctionnel commun, mais elle peut aussi conduire à l'échec complet d'une politique criminelle décidée par le législateur fédéral et menacer gravement certains principes constitutionnels, notamment l'égalité de traitement (art. 4 CF). Le droit sanctionnel doit donc se rattacher étroitement au droit de fond⁵⁶ et offrir toutes les garanties d'une application aussi cohérente et équitable de ses principes sur l'ensemble du territoire qu'il domine. L'expérience des Etats fédérés démontre d'ailleurs que seule une organisation juridictionnelle permet une unification minimum des règles d'application du droit de fond.

Certains objecteront que le droit sanctionnel, plus que tout autre, doit garantir à l'autorité décisionnelle un large pouvoir d'appréciation, qui, de ce fait, serait difficilement contrôlable. Nous pensons plutôt, avec Cuhe, que « la science pénitentiaire n'est pas plus impuissante que d'autres à formuler des lois, c'est-à-dire à affirmer un lien de causalité entre deux phénomènes »⁵⁷. Dès lors que la loi renferme des dispositions régissant l'application des sanctions pénales, leur respect impose des décisions motivées, donc contrôlables, dans le double but de garantir au justiciable le respect de ses droits et l'égalité de traitement. C'est donc au droit de fond à poser les conditions d'une application uniforme de ses règles. Et c'est au CPS à consacrer plus largement encore la place du juge dans ses articles de droit sanctionnel.

A titre d'exemple, et reprenant le schéma du droit actuel, l'intervention juridictionnelle, et non administrative, du juge devrait être reconnue pour les décisions suivantes dans l'exécution des peines :

— le placement en établissement pénitentiaire selon les caractéristiques personnelles du condamné et la spécialité de l'établissement (art. 37 CPS), et particulièrement le placement en cours de peine dans un établissement ou une section d'établissement où le condamné jouira de plus de liberté (art. 37, ch. 3, al. 2 CPS) ;

⁵⁶ « L'exécution fait partie intégrante du droit pénal. » A. Cornaz : *Note concernant un avant-projet de CPS* (1898), cité par F. Clerc : *Le CPS doit-il contenir...* (op. cit.), p. 5. W. Burckhardt : *op. cit.*, ad art. 64 bis CF, p. 569.

⁵⁷ P. Cuhe : *op. cit.*, p. 58.

- l'ensemble des décisions concernant la libération conditionnelle, son octroi⁵⁸, sa révocation, la fixation du délai d'épreuve et des règles de conduite⁵⁹ (art. 38 CPS) ;
- toutes les décisions que requiert l'application du sursis, y compris l'ordre de radiation (art. 41 CPS).

L'application des mesures doit être tout particulièrement dominée par le contrôle judiciaire ; aussi les décisions suivantes devraient-elles être confiées au juge :

- le choix de l'établissement, en fonction des caractéristiques personnelles du condamné et la spécialité de l'établissement (art. 42, ch. 2 CPS) ;
- la libération conditionnelle et ses décisions annexes (art. 42, ch. 4, al. 2 CPS) ;
- la réintégration (art. 42, ch. 4, al. 3 et art. 45, ch. 3, al. 3 CPS) ;
- la cessation des mesures thérapeutiques (art. 43, ch. 4 CPS) ;
- la libération à l'essai et la soumission au patronage (art. 43, ch. 4, al. 2 CPS) ;
- le choix de l'établissement pour l'accomplissement du traitement en faveur de l'alcoolique et du toxicomane (art. 44, ch. 6, al. 2 CPS) ;
- la libération conditionnelle de l'alcoolique ou du toxicomane, la soumission au patronage (art. 44, ch. 4, al. 1 et 2 CPS) ;
- l'ensemble des décisions concernant la libération conditionnelle ou à l'essai (art. 45, ch. 1 CPS), et spécialement la soumission à des règles de conduite, et la fixation d'un délai d'épreuve (art. 45, ch. 2 CPS), ainsi que la réintégration (art. 45, ch. 3, al. 3 et 5 CPS) ;

⁵⁸ Pour une critique « vécue » de la libération conditionnelle administrative, cf. P. Delnat : *La faillite du système pénitentiaire suisse*, Yverdon 1972, p. 55 : « Après avoir été jugé par des magistrats, devant qui vous avez pu vous défendre, avec le concours d'un avocat, vous l'êtes une seconde fois, par des fonctionnaires, c'est-à-dire, pratiquement, par de petits employés se fondant sur leurs seules impressions très subjectives. Et devant la commission qui décide, vous ne comparez même pas, ni votre avocat. En revanche, le procureur général est là de qui les avis sont toujours prédominants. Si le tribunal a trop réduit la peine qu'il avait requise, ce qui lui est resté sur le cœur, il se rattrape ici. »

⁵⁹ Cette proposition va à l'encontre de la conception suisse de la libération conditionnelle, considérée comme la dernière étape du système progressif (Hafters, Delaquis, Logoz, Petrziika et Schwander). Il semble nécessaire de se rallier aujourd'hui à la doctrine allemande (V. Schumacher : *Die vorläufige Entlassung*, 1934) et reconnaître que la libération conditionnelle est une institution de droit sanctionnel, rendant ainsi la justice responsable des décisions qu'elle nécessite.

- L'autorisation de travailler à l'extérieur (art. 100 bis, ch. 3, al. 2 CPS), le transfert en établissement pénitentiaire, dans le cadre de l'application du placement en maison d'éducation au travail, et la cessation de cette mesure (art. 100 bis, ch. 4 CPS) ;
- la libération conditionnelle (et ses décisions annexes) du placement en maison d'éducation au travail (art. 100 ter, ch. 1 CPS) ;
- la réintégration ou de nouvelles règles de conduite et la prolongation du délai d'épreuve (art. 100 ter, ch. 1, al. 2 et 5 CPS) ;
- la fin de la mesure (art. 100 ter, ch. 2, al. 1 et 2 CPS).

Enfin l'amende, qui devrait connaître dans un proche avenir un développement certain et remplacer progressivement les courtes peines privatives de liberté⁶⁰, devrait être entièrement remise au juge, également pour son recouvrement, et les décisions qu'il entraîne (art. 49, ch. 1 et 2 CPS).

L'ensemble de ces décisions devrait donc, pour la bonne application du droit fédéral, être confié au juge afin que soient garantis leurs caractères judiciaire et juridictionnel : c'est la conséquence logique d'une légalité que le législateur fédéral, par la complexité de ces dispositions sanctionnelles, a lui-même imposée.

2) Une légalité sanctionnelle absolue.

Devant l'évolution très rapide des théories et des méthodes pénitentiaires et la difficulté d'y accorder sans retard les dispositions du CPS en matière d'exécution pénale, l'idée a maintes fois été avancée, au cours de la deuxième révision, d'élaborer une loi d'exécution plus facilement adaptable aux nécessités nouvelles dans ce domaine⁶¹. L'argument était de poids, comme les faits l'ont montré. Des arguments supplémentaires militent aujourd'hui en faveur d'une loi spéciale sur l'application des

⁶⁰ Sur l'amende et les raisons qui justifient son développement, cf. bibliographie citée § 23, Note 100.

⁶¹ F. Clerc : *Le CPS doit-il contenir...* (op. cit.). Id. : *Vers la révision du système pénitentiaire suisse*, RPDP 1957, p. 259.

C'est F. Clerc, membre de la Commission d'experts, qui proposa, dès 1954, que le régime d'exécution fasse l'objet d'une loi indépendante du CPS. Cette proposition fut écartée, sous prétexte que « juges et justiciables doivent savoir comment les peines s'exécutent, et des règles aussi essentielles doivent être inscrites dans le code » (F. Clerc : *Chronique suisse*, RPDP 1972, p. 325). Nous ne partageons guère cette crainte de rendre juges et justiciables ignorants de l'exécution, car en ce qui concerne les premiers, la situation ne pourrait guère s'altérer ; quant aux justiciables, la loi d'exécution n'a pas pour but de les informer, mais de les protéger en cours d'exécution des peines.

sanctions pénales. En effet, la deuxième révision, qui a débarrassé le CPS de dispositions mineures concernant le costume et l'ordinaire de l'établissement (art. 35, ch. 2, al. 2 et 36, ch. 2, al. 2 anciens CPS), n'y a en revanche pas introduit l'art. 46, ch. 3 du projet du Conseil fédéral du 1^{er} mars 1965 : « les visites et la correspondance ne seront limitées que dans la mesure où l'ordre dans l'établissement l'exige (...). Les rapports avec les proches seront facilités dans la mesure du possible (...). Dans les limites fixées par le règlement, la direction de l'établissement pourra accorder le droit de libre visite et de correspondance aux ecclésiastiques, médecins, avocats, défenseurs, notaires, tuteurs et autres personnes ayant des tâches semblables ». Le législateur précisait « qu'il importe, pour des motifs éducatifs et pour faciliter le retour à la vie normale, de favoriser et non d'entraver le contact avec les proches, surtout quand il s'agit de condamnés devant subir de longues peines »⁶². L'art. 46 CPS n'est qu'une version restrictive de l'art. 46 du projet de 1965. Enfin, le pouvoir réglementaire du Conseil fédéral a été élargi de telle manière qu'il s'exerce sur des problèmes qui relèvent à notre avis du législateur : le Conseil fédéral a en effet des compétences étendues en matière d'exécution puisqu'il peut édicter, après consultation des cantons, des dispositions concernant le mode d'exécution et le régime des peines et des mesures (art. 397 bis CPS), notamment le travail et le repos nocturne, l'habillement et l'ordinaire de l'établissement, les visites et la correspondance, la rémunération du travail et les activités exécutées pendant le temps libre⁶³.

Abandonnée aux cantons, puis timidement esquissée dans le CPS, et finalement reconnue de nature réglementaire, l'exécution pénale n'a pas encore trouvé son statut définitif. Pourtant « force est bien de reconnaître que, dès l'origine, la porte a été laissée ouverte à une éventuelle intervention fédérale dans le domaine de l'exécution, si les nécessités d'une politique criminelle rationnelle l'exigeaient »⁶⁴. Cette intervention devrait désormais prendre la forme d'une loi fédérale sur l'exécution des sanctions pénales, dont la nécessité est d'autant plus évidente qu'il est aujourd'hui constant que la dispersion des dispositions touchant

⁶² *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le CPS*, du 1^{er} mars 1965, p. 18.

⁶³ V. Kurt : *Les dispositions révisées du CPS* (op. cit.), N° 77, p. 25 et ss, et 31. Cet auteur précise que ces problèmes « devront être débattus au premier chef dans le cadre des concordats sur l'exécution des peines », ce qui signifie clairement que la compétence réglementaire du Conseil fédéral est très subsidiaire. L'ordonnance (I) relative au CPS du 13 novembre 1973 (ROLF 1973 II p. 1841) en apporte largement la preuve, puisqu'elle laisse toute liberté aux cantons (art. 4) d'introduire l'exécution par journées séparées et l'exécution sous forme de semi-détention pour la détention (art. 95 CPS), les arrêts et les courtes peines d'emprisonnement.

⁶⁴ F. Clerc : *Le CPS doit-il contenir...* (op. cit.), p. 5.

directement ou indirectement le statut juridique du condamné (CF, CPS, lois cantonales d'application, Code civil et règlements pénitentiaires) et la multiplicité des autorités chargées de leur application entraînent la faiblesse générale du système de protection dont devraient bénéficier les condamnés pénaux. Deux exemples illustreront les inconvénients de la situation actuelle.

Le droit au mariage, garanti par la constitution, a été refusé à plusieurs reprises par des autorités administratives et le Tribunal fédéral à des condamnés subissant une peine ou une mesure de sûreté⁶⁵. « Les autorités ne sont pas tenues d'accorder des dispenses à l'obéissance due aux règles de droit public sur le service militaire ou la purge de peines ou de mesures disciplinaires »⁶⁶, solution manifestement contraire aux garanties constitutionnelles qui précisent qu'« aucun empêchement au mariage ne peut être fondé sur (...) quelque (...) motif de police que ce soit » (art. 54, al. 2 CF)⁶⁷. Comme l'écrit Köhl « es ist kaum haltbar, dass ein fundamentales Recht wie das Recht zur Ehe an einem so kleinen Hindernis scheitern soll »⁶⁸.

Le second exemple intéresse l'exercice des droits politiques, également garantis par la constitution. Bien que la condamnation pénale, quelle qu'elle soit, ne puisse les affecter⁶⁹, la loi fédérale du 25 juin 1965, qui a introduit le vote par correspondance en matière fédérale, « n'a pas inclus les détenus parmi les personnes auxquelles cette faculté a été ac-

⁶⁵ W. Burckhardt : *op. cit.*, ad art. 54 CF, p. 499.

⁶⁶ Ch. Knapp : *Cent ans de mariage devant la CF*, RDS 1952, p. 275 et les arrêts cités. Le droit est donc refusé parce que la peine ou la mesure doit être interrompue pour la célébration du mariage. Signalons toutefois que cette jurisprudence, qui n'a pas varié, date de 1884 ! (arrêt Lundi, du 20 septembre 1884, ATF 10, p. 327).

⁶⁷ H. Schultz : *La sauvegarde des droits des détenus* (op. cit.), p. 95.

⁶⁸ G. Köhl : *op. cit.*, p. 101 et ss. Cf. également les problèmes posés par l'art. 371 Code civil suisse. R. Ruedin : *A propos du statut juridique du détenu : l'avenir de l'art. 371 CCS*, RPS 1972, p. 98 ; « La tutelle et ses effets sont en contradiction avec le mouvement contemporain de la promotion d'un système pénitentiaire assurant la protection de la société dans le respect de la dignité d'homme » (p. 100). D'autre part B. Schnyder mentionne (*Die Stufenfolge vormundschaftlicher Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffes*, RDT 1971, p. 41) qu'un rapport adressé à la Conférence des autorités cantonales de tutelle en 1967, rédigé sur la base d'une consultation des cantons, mentionnait que la grande majorité des cantons était d'accord de supprimer l'art. 371 CCS.

Consulter également : C. Stockli : *Der Strafverhaft als Entmündigungsgrund*, RDT 1961, p. 1 ; G. Spitzer : *Die Vormundschaft wegen längerer Freiheitsstrafe*, RDT 1965, p. 81, et M. Stettler : *L'interdiction découlant de la condamnation à une peine privative de liberté* (dactyl.), Genève 1973.

⁶⁹ La révision du CPS, mise en vigueur en 1971, a supprimé la privation des droits civiques, qui accompagnait automatiquement ou facultativement certaines peines (art. 52 ancien CPS).

cordée » ⁷⁰, et de nombreux cantons n'ont pas encore admis ce vote en matière cantonale. Le placement en établissement pénitentiaire rend donc impossible en fait l'exercice des droits politiques.

La condition juridique du condamné touche de nombreux problèmes qui sont actuellement réglés en Suisse de manière inadéquate, illégale ou très insuffisante.

Une synthèse de la condition du condamné a déjà été accomplie dans certains pays (Pologne, République Démocratique Allemande, République Fédérale d'Allemagne), comme elle l'avait été antérieurement dans les « règles minima pour le traitement des détenus » ⁷¹, ou dans la « réglementation des droits électoraux, civils et sociaux des détenus » adoptée par la Conférence des ministres européens de la Justice à Paris en 1961, ceci dans le cadre des travaux du Conseil de l'Europe ⁷². Ces textes devraient servir de base à une loi complète sur les sanctions pénales, qui devrait notamment trancher les problèmes suivants ⁷³ :

- 1) Buts et objectifs de l'application des sanctions pénales.
- 2) Condition juridique du condamné et limites de la privation de liberté.
- 3) Définition des méthodes institutionnelles et non-institutionnelles.
- 4) Conditions générales de l'application des sanctions : logement, travail, santé et hygiène, mesures thérapeutiques, assistance sociale, instruction générale et formation professionnelle.
- 5) Conditions particulières de la privation de liberté :
 - contacts avec l'extérieur (information générale, visites, correspondances et sorties).
 - travail (buts, moyens, rémunération, assurances, congés).
 - exercices physiques.
 - sécurité et discipline (emploi des armes, mesures, etc.).

⁷⁰ H. Schultz : *op. cit.*, p. 100.

⁷¹ F. Clerc : *Le 1^{er} Congrès des Nations Unies en matière de prévention du crime et du traitement des délinquants*, RPS 1955, p. 412 et ss.

⁷² F. Clerc : *Les droits des détenus* (*op. cit.*).

⁷³ Plusieurs auteurs ont toutefois rappelé les limites de normes juridiques réglant l'exécution des peines ; « Bei der Schaffung eines neuen Strafvollzugsgesetzes muss man sich über dies vor der Gefahr eines allzu ausgeprägten Perfectionismus hüten (...) Eine Reihe wichtiger Problemkreise einer Erneuerung des Vollzugswesens (...) werden wahrscheinlich ausserhalb der Regelung eines Strafvollzugsgesetzes stehen müssen » (Th. Würtenberger : *Kriminalpolitik* — *op. cit.*, p. 193). Et S. Quensel : *Zusammenarbeit zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft bei einem Alternativ-Entwurf zu einem Strafvollzugsgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, RPS 1973, p. 12.

- 6) Compétences générales et spéciales (surveillance, gestion et administration des établissements pénitentiaires).
- 7) Voies de droit.
 - juge spécialisé.
 - procédure judiciaire et ses garanties.

3) *Lignes directrices pour une juridiction sanctionnelle.*

Si les espoirs que Stooss fondait sur la création d'une autorité fédérale responsable d'une unification dans l'application de certaines mesures ont été rapidement déçus, il faut bien admettre que les mêmes vœux n'auraient aujourd'hui guère plus de chance d'être exaucés. Intimement liée à la procédure, dont l'unification rencontre en Suisse les problèmes que l'on connaît, l'organisation judiciaire cantonale ne pourrait accepter les bouleversements que provoquerait sans aucun doute une certaine centralisation des décisions de l'exécution. Pourtant l'application du droit des sanctions, qui ressortit, à notre avis, au législateur fédéral, requiert d'une part des décisions de caractère juridictionnel, et d'autre part une certaine uniformité que peut seule garantir une jurisprudence de contrôle⁷⁴, statuant sur des jugements cantonaux d'autorités judiciaires⁷⁵.

Des voix, rares encore, mais convaincues, se sont déjà exprimées, en Suisse, en faveur d'un juge participant aux décisions de l'exécution pénale. « Assez nombreuses sont, en droit suisse, les décisions qui interviennent après la condamnation. Elles ne contredisent point le jugement, car elles se basent sur des faits qui prennent naissance après la condamnation. Le but principal de ces décisions ultérieures est la réadaptation du condamné. Or il serait souhaitable que nous ayons des *juges d'exécution spécialisés* »⁷⁶. De même, D. Poncet, après avoir mis en évidence la complexité, d'ailleurs injustifiée, du système de décision dans l'exécution pénale, préconise l'institution d'un juge de l'application des peines au sens très

⁷⁴ Les dispositions sur l'exécution des peines et mesures (art. 35 et ss. CPS) n'ont guère suscité de jurisprudence, à l'exception de quelques décisions administratives prises dans le cadre de la libération conditionnelle par le Conseil fédéral en application de l'art. 392 CPS (publiées dans JAAF).

⁷⁵ L'incohérence de l'ensemble du système des décisions et de leur contrôle a été illustrée par certains arrêts, tel l'arrêt Keller (du Conseil fédéral) : « L'exécution des peines, y compris les décisions de libération conditionnelle et de réintégration dans un établissement d'internement, est une affaire administrative, alors même que la libération ou la réintégration est ordonnée par une autorité judiciaire. Aussi toute violation des dispositions du droit fédéral dans ce domaine relève-t-elle du Conseil fédéral » (SJ 1947, p. 589).

⁷⁶ Déclaration de V. Schwander lors des XIV^e Journées de défense sociale, RSC 1966, supplément (op. cit.), p. 103.

étendu, à l'image de celui que connaît la France. « De par sa forme d'esprit, de par sa formation, de par l'autorité naturelle qui s'est attachée à ses fonctions, le magistrat est, je crois, fort bien placé, le mieux placé de tous, pour, à un certain moment, prendre la dernière décision, pour jouer le rôle de l'arbitre, étant entouré de tous ceux qui sont ses collaborateurs et ses pairs, que ce soit le directeur de la prison, l'éducateur, le représentant du patronage, le représentant du service pénitentiaire ou le médecin »⁷⁷. Les praticiens, eux, sont plus réservés : « Le juge à l'exécution des peines (...), on y arrivera peut-être, mais il y faudra beaucoup de temps »⁷⁸.

Même si l'on entrevoit assez clairement pourquoi le juge devrait participer à l'application des sanctions pénales et quelles seraient ses tâches, l'aménagement des solutions concrètes suscite des difficultés. On pourrait songer à créer une institution juridictionnelle commune à plusieurs cantons, fondée sur le droit concordaire en matière d'exécution pénale, procédé qui devrait être admis lorsque des dispositions constitutionnelles cantonales font défaut en matière de transfert de compétences (c'est le cas pour l'organisation judiciaire en droit cantonal). En matière d'exécution, le droit fédéral d'autre part, n'impose aux cantons aucun organe particulier dont il définirait la forme et les attributions. Ainsi « lorsque le législateur fédéral se borne à confier aux cantons le soin d'exécuter les prescriptions fédérales, ils ont, en vertu de leur pouvoir d'organisation, le droit de s'associer pour instituer un organe commun, sans qu'une autorisation particulière soit nécessaire »⁷⁹.

C'est ce qu'ont fait les trois concordats suisses en matière d'exécution des peines et mesures, en instituant une Conférence des autorités cantonales chargées d'assurer la bonne application des dispositions concordataires⁸⁰, « investie du pouvoir de fixer les modalités concrètes d'appli-

⁷⁷ D. Poncet : *L'exécution des peines vue par la défense*. Colloque pour le personnel supérieur des établissements de détention de la Suisse romande, des 19 et 20 juin 1969 (dactyl.), p. 23. Cf. également P. Delnat, qui propose, parmi les remèdes à ce qu'il nomme « la faillite du régime pénitentiaire suisse », la désignation de « magistrats indépendants de toute autorité politique ou administrative et ayant tout pouvoir de contrôle, de surveillance et d'intervention » (*La faillite du système pénitentiaire suisse* - op. cit. - p. 64).

⁷⁸ Déclaration de M. Anselmier lors des discussions du Colloque précité (op. cit., p. 40).

⁷⁹ Ch. Dominici : *Le fédéralisme coopératif*, RDS 1969, p. 846. Sur le droit concordataire en général : V. Schaumann : op. cit. H. Kehrli : *Interkantonales Konkordatsrecht*, Zürich, 1968.

⁸⁰ Sur le droit concordataire dans ce domaine, cf. les textes ratifiés par le Conseil fédéral : Suisse de l'Est : IPS 1956, N° 15, p. 13 ; Suisse du Nord-Ouest et Suisse centrale : IPS 1959, N° 30, p. 16 ; Suisse romande et Tessin : Recueil systématique des lois genevoises E/3/9, 5.

cation du concordat et d'en surveiller l'exécution. A ce pouvoir réglementaire limité, il faut ajouter celui de trancher des litiges susceptibles de surgir entre cantons concordataires »⁸¹.

On pourrait donc envisager de créer, sur ce modèle, des juridictions sanctionnelles concordataires qui offriraient le très grand avantage d'unifier, dans un même établissement pénitentiaire, l'application des décisions d'exécution et de poser ainsi les bases de cette égalité de traitement que recommandent les normes constitutionnelles.

A l'examen des dispositions concordaires, il apparaît toutefois qu'elles ne s'appliquent aujourd'hui qu'aux mesures de placement d'un condamné dans un établissement pénitentiaire⁸², soit aux mesures dites institutionnelles. Or nous avons souligné la nécessité de garantir la légalité et le respect des droits de l'homme également dans l'application des mesures non institutionnelles, dont l'avenir est certain, malgré la discrétion que le CPS observe à leur égard. Le droit français nous indique très clairement la voie, puisque l'action la plus spécifique du j.a.p. s'exerce en milieu ouvert. La nature même et la souplesse des mesures non institutionnelles justifient d'ailleurs que le juge participe à leur application autant ou plus qu'à celle des mesures institutionnelles. Il serait donc regrettable de formuler aujourd'hui des propositions qui limiteraient d'emblée l'action du juge au milieu pénitentiaire. Une solution calquée sur les concordats se recommanderait en revanche si ces derniers s'étendaient un jour à l'application des mesures en milieu ouvert.

En l'état, nous suggérerions donc plutôt la création d'une juridiction sanctionnelle rattachée aux autorités de jugement pour l'application de l'ensemble des mesures qu'elles ordonnent (peines, mesures, sursis avec délai d'épreuve et règles de conduite, etc.). Il en découlerait évidemment pour les cantons l'obligation d'organiser un ordre juridictionnel nouveau, spécialisé, qui aurait pour tâche principale d'appliquer le CPS et la loi fédérale d'exécution. On ne saurait en effet trop insister sur l'interdépendance de l'élément légal et juridictionnel dans le domaine sanctionnel : nous sommes persuadé qu'une réforme véritable n'est possible que si loi et juridiction sanctionnelles sont simultanément introduites.

Au risque d'effaroucher certains fédéralistes, nous inviterions à utiliser pour cette création le procédé, officieux mais efficace, qui consiste à établir les lignes directrices⁸³ d'une juridiction sanctionnelle. On peut

⁸¹ Ch. Dominici : *op. cit.*, p. 849 et ss.

⁸² Par exemple : art. 1 du Concordat des cantons romands.

⁸³ Afin d'unifier les solutions cantonales de contrôle sur l'exécution des peines, Pfenniger avait, en 1955 déjà, proposé formellement l'établissement de lignes directrices (*Die Aufsicht*, *op. cit.*, p. 303). Nous nous écartons toutefois des propositions de cet auteur quant à leur contenu.

rappeler que cette idée avait été émise en 1957 dans un domaine proche du nôtre, soit l'établissement de principes généraux de procédure pénale applicable aux mineurs⁸⁴, et que « les lignes directrices pour la procédure pénale applicable aux mineurs », établies par la Société Suisse de droit pénal des mineurs⁸⁵, inspiraient, dès 1970, de nombreux législateurs cantonaux dans leur révision des dispositions procédurales et d'organisation judiciaire pénales concernant les mineurs.

La même démarche pourrait fort bien être adoptée aux fins de poser des principes généraux concernant la constitution d'une juridiction sanctionnelle et la procédure applicable devant elle. Ces principes seraient notamment les suivants :

a) En première instance, nous proposons un juge unique, spécialisé. Il est en effet essentiel de bannir, au premier degré juridictionnel, toute forme de collégialité inadaptée à la réalité. Ce juge doit en effet constituer à lui seul une juridiction permanente, d'accès facile et direct, permettant des contacts personnels par des entretiens dépourvus de formalisme. Sa mobilité doit lui permettre de se rendre dans les différents établissements pénitentiaires et foyers de semi-liberté aussi fréquemment que possible, pour y rencontrer sur place les condamnés et les responsables du traitement pénitentiaire ; en milieu ouvert, il doit pouvoir entretenir des relations personnelles avec les familles de certains condamnés, des employeurs, médecins, etc. Ces tâches multiples vont faire de lui un spécialiste de l'intervention sanctionnelle, mais un empirisme relatif devra présider à sa nomination ; car il serait impossible d'exiger de lui qu'il soit à la fois juriste, criminologue, psychologue, assistant social et éducateur. Il doit avoir avant tout certaines connaissances et qualités lui permettant de coordonner l'action socio-thérapeutique menée par de multiples disciplines.

Ses compétences s'étendront des décisions du droit sanctionnel au respect des droits reconnus aux condamnés. Pour une protection efficace de ces droits, qui peuvent être mis en échec par des mesures administratives individuelles ou collectives, le juge sanctionnel sera également saisi des recours contre de telles mesures.

b) Contre certaines décisions limitativement énumérées, telles que le refus de la semi-liberté, de la libération conditionnelle ou à l'essai et la

⁸⁴ V. Degoumois : *Les principes de la procédure pénale applicables aux mineurs en Suisse*, Neuchâtel 1957, p. 253. Selon cet auteur, il serait opportun « que la spécialisation du juge des mineurs soit généralisée et qu'un ensemble de règles formelles minima puissent s'élaborer sur le plan fédéral ».

⁸⁵ Texte publié par F. Clerc : *Chronique helvétique trimestrielle*, RPS 1971, p. 415 et ss.

réintégration, une voie de recours doit être organisée auprès d'une chambre de l'application des sanctions pénales, composée de trois juges, dont deux pourraient être des assesseurs de diverses disciplines touchant à l'exécution pénale. Cette chambre pourrait également être saisie directement par le juge de première instance dans certains cas exceptionnels. Elle présenterait enfin l'avantage certain de pouvoir contrôler l'activité juridictionnelle de plusieurs juges de première instance et garantir une certaine égalité de traitement pour des condamnés placés dans des établissements différents.

c) Pour obtenir une cohérence aussi parfaite que possible entre les décisions et l'application du traitement sanctionnel, les juges de première instance seront intégrés aux équipes pénitenciaires et du milieu ouvert, constituées par les praticiens de l'exécution pénale. Toutefois les décisions individuelles ne seront pas de la compétence de ces équipes, qui se limiteront à l'administration et la gestion pénitenciaires ; en milieu ouvert, elles régleront les problèmes généraux posés par l'assistance et la surveillance des sursitaires et libérés conditionnels ou à l'essai. Ces équipes de travail devraient permettre une meilleure information de leurs participants, et ouvrir la voie à un travail interdisciplinaire, à l'intégration des différentes méthodes de traitement pénal.

d) Enfin la procédure devrait être aussi peu formaliste que possible, orale, contradictoire et rapide. Les principes généraux tels que le droit d'être entendu et l'assistance d'un conseil seront largement appliqués. Toutefois l'action d'office de la juridiction de première instance doit être admise en tout temps. Et à l'exclusion du ministère public, la procédure décisionnelle doit être accessible à toute personne directement concernée par la condition juridique du condamné (direction d'établissement, famille du condamné, employeur, etc.).

CONCLUSION GÉNÉRALE

Garant et protecteur de la liberté individuelle, mais aussi arbitre entre les intérêts personnels et sociaux, le juge doit accepter sa vocation nouvelle dans l'application des sanctions pénales, que lui impose tout à la fois la notion de peine-traitement et le respect de la légalité sanctionnelle.

Certes le mot de traitement est ambigu¹. Ce peut être, cruellement défini, « ce que nous faisons pour adapter chaque individu au régime général de manière qu'il puisse profiter au maximum des avantages de ce régime »². Ce devrait être surtout « la mise en œuvre d'une cure psycho-morale ayant pour but de remodeler le système de valeurs (des délinquants), dans des conditions de sécurité exigées par leur dangerosité individuelle en s'efforçant d'améliorer par un travail de rééducation leurs possibilités d'adaptation sociale »³. Mais il est impossible, pour le tribunal de jugement, d'établir un programme de traitement ou un pronostic de façon rigoureuse et définitive. C'est pourquoi la thérapeutique sanctionnelle moderne fait largement appel à des mesures privatives ou restrictives de liberté souples et révisibles. Garraud déjà affirmait que « le jugement de condamnation devrait se borner à ordonner l'entrée en prison »⁴. Il est donc nécessaire de faire participer le juge au traitement, de le rendre seul responsable de décisions ultérieures à la condamnation qui mettent en jeu à la fois la liberté individuelle et la sécurité publique. D'autre part, le traitement lui-même perd chaque jour davantage sa qualification de faveur ou d'initiative charitable de l'administration pour devenir un droit ; « il est donc normal qu'un juge sanctionne ce droit, en garantisse l'exercice et en fixe les modalités d'exécution »⁵.

¹ Y. Roumajon : *Le traitement psychologique individuel du délinquant*. Le traitement des délinquants (op. cit.), p. 154.

² L.W. Fox : *La révision périodique du traitement prescrit*. RIPC 1953, N° 3 p. 79.

³ J. Pinatel : *La société criminogène*, Paris 1971, p. 206.

⁴ R. Garraud : *Traité théorique et pratique du droit pénal français* (op. cit.), Vol. I, p. 417.

⁵ R. Vialatte : JCP 1964 I N° 1866 (op. cit.).

La nature juridique du traitement, le contenu positif de la sanction visant à la prévention spéciale, et sa mise en application concrète imposent la participation du juge à l'application des sanctions pénales. Et c'est ainsi que Pons pouvait écrire à propos du j.a.p. que « c'est parce que la notion de traitement s'est incorporée à celle de Justice pénale que sa conduite a été confiée à un juge »⁶.

Quant à la légalité sanctionnelle, l'aspect sans aucun doute le plus méconnu du principe de la légalité, elle mérite d'être largement consacrée, respectée et appliquée. « Les lois répressives », et donc leur légalité, s'étendent « jusqu'à l'achèvement de l'exécution de la sentence prononcée et l'expiration de tous les effets matériels ou juridiques de cette sentence »⁷. Née des principes constitutionnels de 1789, puis inégalement développée dans les lois pénales qui précisaient le mode d'application des peines, la légalité sanctionnelle figure aujourd'hui au programme de la Défense sociale nouvelle, qui « pose comme premier principe de tout système de droit pénal non seulement la règle *nullum crimen* ou *nulla poena sine lege*, mais également la maxime *nulla poena sine iudicio* »⁸.

La peine-traitement entraîne un étalement des interventions décisionnelles au-delà de la condamnation⁹, mais la légalité sanctionnelle rend insuffisantes les garanties offertes par des autorités administratives ou politiques, statuant dans des conditions « infrajudiciaires ». L'application des sanctions pénales ne peut dépendre que d'une légalité strictement respectée par des autorités judiciaires.

Pour des raisons déjà exposées, et qui tiennent d'abord à la spécification des tâches juridictionnelles accomplies après le jugement, nous pensons que seul un ordre juridictionnel nouveau peut répondre à ces exigences. Et si le droit des mineurs a réalisé une spécialisation longitudinale du juge, qui intervient de l'instruction à l'application de la sanction, alors que nous proposons l'intervention d'une nouvelle autorité judiciaire après celle de la juridiction de jugement, c'est aussi la conséquence d'un constat évident : « le droit des majeurs reste largement orienté de manière différente que celui des mineurs »¹⁰. En effet les pre-

⁶ L. Pons : *Le rôle du j.a.p.* (op. cit.), p. 574.

⁷ G. Levasseur : *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps* (Hommage à J. Constant), Liège 1971, p. 190.

⁸ M. Ancel : *La protection des droits de l'homme selon les doctrines de la défense sociale moderne*. Etudes en l'honneur de J. Graven. Genève 1969, p. 6. Et Ph. Graven : *La répression pénale selon l'optique de la défense sociale*, RPS 1970, p. 37. « En préconisant le contrôle judiciaire de l'exécution, la défense sociale nouvelle prouve tant son souci d'efficacité que sa volonté d'assurer la légalité de la réaction anticriminelle dans sa totalité » (Note 83, p. 56).

⁹ Ph. Robert : *op. cit.*, p. 579.

¹⁰ *Idem*, p. 594.

miers objectifs théoriques de la peine, en droit pénal des adultes, de même que l'état d'esprit de certaines juridictions de jugement ne sont pas encore en harmonie avec l'orientation actuelle de l'application sanctionnelle. Et il ne serait guère opportun d'admettre, au-delà de la condamnation, une extension des exigences expiatoires et répressives jusqu'à l'épuisement des mesures pénales prévues par la loi.

De là découle, en l'état, cette nécessaire autonomie du droit sanctionnel, tout comme celle d'une juridiction spécialisée pour en garantir l'application. Cette autonomie n'est peut-être qu'une étape pour que s'imposent, à ceux-là mêmes qui appliqueront les sanctions pénales, puis à ceux qui les décideront, les principes nouveaux et cohérents d'une procédure, d'un droit pénal et sanctionnel solidaires.

BIBLIOGRAPHIE

I. BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE.

- AEBERSOLD, P. : Der Zweck des Strafvollzugs und die Rechtsstellung der Gefangenen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag. Bâle, 1973.
- ANCEL, M. (et coll.) : L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant. Paris, 1954.
- La défense sociale nouvelle. 3^e éd., Paris, 1971.
- AUBERT, J.-F. : Traité de droit constitutionnel suisse. Neuchâtel, 1967.
- BARRIGUE DE MONTVALLON, G. : Du rôle des magistrats dans l'exécution des peines. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1932, p. 170 et ss.
- BAUMANN, J. : Der Alternativ-Entwurf und der Strafvollzug. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1968, p. 311 et ss.
- Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. Frankfurt, 1968.
- (et coll.) : Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes. Tübingen, 1973.
- BELEZA DOS SANTOS, J. : Le juge de l'exécution des peines au Portugal. Revue internationale de droit comparé, 1952, p. 419 et ss.
- BONNARD, R. : Le contrôle juridictionnel de l'administration. Paris, 1934.
- BORGHESE, S. : Il codice penale italiano. Milan, 1953 (Commentaire par article).
- BOUZAT, P. et PINATEL, J. : Traité de droit pénal et de criminologie. 2^e éd., 3 vol., Paris, 1970.
- BRIEY, C. de : La participation judiciaire à l'exécution des sanctions pénales. Bruxelles, 1968.
- BURCKHARDT, W. : Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung. 3^e éd., Berne, 1931.
- CANNAT, P. : La réforme pénitentiaire. Paris, 1949.
- CLERC, F. : Les droits des détenus. Revue pénale suisse, 1961, p. 34 et ss.
- Le Code pénal suisse doit-il contenir des dispositions relatives à l'exécution des peines et mesures privatives de liberté ? Informations pénitentiaires suisses, N° 52, 1965, p. 3 et ss.
- Contribution à la bibliographie des travaux consacrés à la procédure pénale en Suisse. Neuchâtel, 1966 (avec mise à jour au 1.9.1971).
- CORNU, C. : Du partage de la législation entre la Confédération et les cantons en matière de droit pénal. Genève, 1943.
- CUCHE, P. : Traité de science et de législation pénitentiaires. Paris, 1905.
- DABIN, J. : Le droit subjectif. Paris, 1952.

- DALCKE, FUHRMANN et SCHÄFER : *Strafrecht und Strafverfahren*. 37^e éd., Berlin, 1961.
- DELAQUIS, G. : *Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen in Vollzug der Freiheitsentziehungen gegenüber Erwachsenen gemäss art. 64 B.V.* Zürich, 1936.
- DEPENBROCK, J. : *Erwachsenen- Strafvollzug*. Bonn, 1960.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. : *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*. 3^e éd., Paris, 1947.
- DUBS, H. : *Richter und Vollzug. Ueber die Kompetenzverteilung beim Vollzug freiheitsentziehender Massnahmen*. *Revue pénale suisse*, 1959, p. 320 et ss.
- DUPREEL, J. : *Une notion nouvelle : les droits des détenus*. *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1957-58, p. 163 et ss.
- FALCHI, F. : *Diritto penale esecutivo*. Padoue, 1934.
- FAVRE, A. : *Droit constitutionnel suisse*. Fribourg, 1966.
- FEIGEL, S. : *Der Erziehungszweck im schweizerischen Strafvollzug*. Zürich, 1949.
- FERRI, E. : *La sociologie criminelle* (trad. L. Terrier). Paris, 1905.
- FLEINER, F. et GIACOMETTI, Z. : *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zürich, 1949.
- FORSTHOFF, E. : *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 9^e éd., München, 1966.
- *Traité de droit administratif allemand* (trad. M. Fromont). Bruxelles, 1969.
- FREDE, L. et GRÜNHUT, M. : *Reform des Strafvollzuges*. Berlin, 1927.
- FREUDENTHAL, B. : *Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen*. Jena, 1910.
- *Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1911, p. 222 et ss.
- *Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1917-18, p. 493 et ss.
- GARRAUD, R. : *Traité théorique et pratique du droit pénal français*. 2^e éd., Vol. II, Paris, 1898, et 3^e éd., Vol. I, Paris, 1913.
- *Traité de droit criminel*. Paris, 1885.
- *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Vol. VI, Paris, 1929.
- GAUTIER, A. : *Pour ou contre les peines indéterminées*. *Revue pénale suisse*, 1893, p. 1 et ss.
- GERMAIN, C. : *Eléments de science pénitentiaire*. Paris, 1959.
- GIACOMETTI, Z. : *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*. Zürich, 1960.
- GILLIERON, Ch. : *Le rôle du juge dans l'exécution des peines*. *Revue pénale suisse*, 1955, p. 267 et ss.
- GRAMATICA, F. : *Principes de défense sociale*. Paris, 1963.
- GRAVEN, J. : *Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociales*. *Revue pénale suisse*, 1950, p. 170 et ss.
- GRISEL, A. : *Droit administratif suisse*. Neuchâtel, 1970.
- GRUNAU, Th. : *Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzuges*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, p. 501 et ss.

- GUILLIEN, R. : L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. Bordeaux, 1931.
- HAFNER, K. et ZÜRCHER, E. : Schweizerische Gefängniskunde. Berne, 1925.
- HAFTER, E. : Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil, 2^e éd. Berne, 1946.
- HAURIU, M. : Principes de droit public. Paris, 1910.
- HELIE, F. : Traité de l'instruction criminelle. Vol. III, Paris, 1848.
- HÉLIE, F. : Analyse et commentaire du code de procédure pénale (suite par J. Brouhot et coll.). Paris, 1960.
- HENKE, W. : Das subjektive öffentliche Recht. Tübingen, 1968.
- HUGUENEY, L., DONNEDIEU DE VABRES, H. et ANCEL, M. : Les grands systèmes pénitentiaires actuels. 2 vol. Paris, 1950 et 1955.
- JACOBI, L. : Die Rechtsstellung des Strafgefangenen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1930, p. 376 et ss.
- JELLINEK, G. : System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen, 1919.
- JECHECK, H.-H. : Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil. Berlin, 1969.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L. : De la règle « Nulla poena sine lege ». Paris, 1910.
- KAUFMANN, A. (et coll.) : Die Strafvollzugsreform. Karlsruhe, 1971.
- KLEINERT, U. (et coll.) : Strafvollzug, Analysen und Alternativen. München, 1972.
- KÖHL, G. : Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht. Zürich, 1955.
- KROHNE, K. : Lehrbuch der Gefängniskunde. Stuttgart, 1889.
- KRÖNIG, G. : Richter und Strafvollzug. Revue pénale suisse, 1932, p. 82 et ss.
- KRÜGER, H. et ULE, C.H. : Das besondere Gewaltverhältnis. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1957, p. 109 et 133 et ss.
- KURT, V. : Die Aufgaben des Bundes im Strafvollzug. Revue pénale suisse, 1955, p. 325 et ss.
- Les dispositions révisées du Code pénal suisse. Informations pénitentiaires suisses, N^{os} 77 à 79, 1972.
- LAUBADÈRE, A. de : Traité de droit administratif. 6^e éd., Paris, 1973.
- LÉAUTÉ, J. : Criminologie et science pénitentiaire. Paris, 1972.
- LEONE, G. : Trattato di Diritto processuale penale. Vol. III. Naples, 1961.
- Elementi di diritto e procedura penale. Naples, 1966.
- LEY, J. : Fondements médico-psychologiques et sociaux d'une réforme de la politique criminelle. Paris, 1961.
- LISZT, F. von : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25^e éd., Berlin, 1927.
- Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (réédition de 1905). 2 vol., Berlin 1970.
- LUDWIG, G. : Richter und Strafvollzug. Revue pénale suisse, 1930, p. 269 et ss.
- MALBERG, R. Carré de : Contribution à la théorie générale de l'Etat. Paris, 1920.
- MARTY, D.F. : Le rôle et les pouvoirs du juge suisse dans l'application des sanctions pénales. Thèse de Neuchâtel (à paraître), Lugano 1974.

- MAURACH, R. : *Deutsches Strafrecht*, 4^e éd., Karlsruhe, 1971.
- MAYER, O. : *Deutsches Verwaltungsrecht*. Vol. II, 3^e éd., München et Leipzig, 1924.
- MELZER, M. : *Die neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion*. Tübingen, 1970.
- MERK, W. : *Deutsches Verwaltungsrecht*. 2 vol., Berlin, 1970.
- MERLE, R. et VITU, A. : *Traité de droit criminel*. Paris, 1967.
- MEYER, H. : *Le régime du sursis avec mise à l'épreuve*. Lyon, 1965.
- MÜLLER-DIETZ, H. et WÜRTEMBERGER, Th. : *Hauptprobleme der künftigen Strafvollzugsgesetzgebung*, Bad Godesberg, 1969.
- MÜLLER-DIETZ, H. : *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*. Cologne, 1970.
- *Wege zur Strafvollzugsreform*. Berlin, 1972.
- NOVELLI, G. : *La nouvelle législation pénale et pénitentiaire en Italie*. Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire. Berne, 1932, p. 9 et ss.
- NUVOLONE, P. : *La personnalité du délinquant dans le code pénal italien de 1930* (dactyl.). Faculté internationale de Droit comparé. Luxembourg, 1959.
- PERRIER, J. : *Le statut juridique du prisonnier*. Nîmes, 1938.
- PETERS, K. : *Strafprozess*. 2^e éd., Berlin, 1966.
- *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*. Berlin, 1960.
- PFENNINGER, H.F. : *Die Aufsicht über den Strafvollzug in den Schweizerischen Kantonen*. *Revue pénale suisse*, 1955, p. 279 et ss.
- PINATEL, J. : *Précis de science pénitentiaire*. Paris, 1945.
- PLAWSKI, S. : *Le code de procédure pénale et le code d'exécution des peines polonaises*. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1970, p. 319 et ss.
- *Le contrôle judiciaire de l'application des peines en droit comparé*. *Revue internationale de droit comparé*, 1973, p. 375 et ss.
- POUPET, H. : *La probation des délinquants adultes en France*. Paris, 1955.
- RASSAT, M.-L. : *Le ministère public entre son passé et son avenir*. Paris, 1967.
- ROBERT, Ph. : *Traité de droit des mineurs*. Paris, 1969.
- ROUBIER, P. : *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris, 1963.
- RUPRECHT, W. : *Der Rechtsschutz des Strafgefangenen*. Cologne, 1957.
- SALEILLES, R. : *L'individualisation de la peine*. 3^e éd., Paris, 1927.
- SCHAUMANN, W. : *Die Entwicklung des schweizerischen Konkordatsrechts*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin, 1961.
- SCHMELCK, R. et PICCA, G. : *Pénologie et droit pénitentiaire*. Paris, 1967.
- SCHMIDT, E. : *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung*. Göttingen, 1957.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, H. : *Strafvollzug im Uebergang*. Göttingen, 1969.
- SCHULTZ, H. : *La sauvegarde des droits des détenus*. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (supplément consacré aux XIV^e Journées de Défense sociale, 1966), 1967, p. 94 et ss.
- *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, Vol. I, Berne, 1973.
- SCHWANDER, V. : *Das schweizerische Strafgesetzbuch*. 2^e éd., Zürich 1969.

- SIMONNET, R. : Du rôle du juge dans l'exécution des peines. Dijon, 1934.
- SLIWOWSKI, G. : Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté. Nancy, 1939.
- Sadowy Nadzor Penitencjarny (avec résumé français). Varsovie, 1965.
 - Caractère judiciaire ou administratif de l'exécution de la peine. *Revue internationale de droit pénal*, 1965, p. 79 et ss.
- STASSINOPOULOS, M.D. : Traité des actes administratifs. Athènes, 1954.
- STEFANI, G., LEVASSEUR, G. et JAMBU-MERLIN, M. : Criminologie et science pénitentiaire. Paris, 1968.
- STEFANI, G., LEVASSEUR, G. : Droit pénal général et procédure pénale. Paris, 1971.
- STOOS, C. : Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Bâle et Genève, 1892.
- Exposé des motifs de l'avant-projet du Code pénal suisse. Partie générale (trad. A. Gautier). Bâle et Genève, 1893.
- STURZENEGGER, H. : Die bedingte Entlassung im schweizerischen Strafrecht. Zürich, 1955.
- SZABO, D. : Déviance et criminalité. Textes choisis. Paris, 1970.
- TEETERS, N.K. : Deliberations of the International penal and penitentiary Congresses. Philadelphie, 1949.
- THOMANN, R. : Das Vollstreckungsgericht. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1969, p. 137 et ss.
- TIEDEMANN, K. : Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht. Bonn, 1963.
- TURQUET DE BEAUREGARD, J. : Du rôle des magistrats dans l'exécution des mesures de défense sociale. Rennes, 1934.
- VEDEL, G. : Droit administratif. Paris, 1964.
- VERNET, J. : La sauvegarde des droits des détenus. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (supplément consacré aux XIV^e Journées de Défense sociale, 1966), 1967, p. 69 et ss.
- VIENNE, R. : La notion moderne de peine et la réforme du système répressif. Lille, 1936.
- VIRALLY, M. : L'accès des particuliers à une instance internationale : la protection des droits de l'homme dans le cadre européen. *Mémoires de la Faculté de droit*, Genève, 1965, p. 67 et ss.
- VITU : Procédure pénale. Paris, 1957.
- VOUIN, R., LÉAUTÉ, J. : Droit pénal et criminologie. Paris, 1956.
- WARLOMONT, R. : Le contrôle juridictionnel de l'application de la peine. *Annales de droit et de sciences politiques*, 1952, p. 130 et ss.
- WEISS, I. : Schweizerischer Straf- und Massnahmenvollzug der Gegenwart in der Perspektive moderner poenologischer Behandlungsmethoden. Zürich 1970.
- WOLFF, H.J. : Verwaltungsrecht I, 4^e éd., Berlin, 1961.
- WÜRTENBERGER, Th. : Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, Stuttgart, 1970.
- ZÜRCHER, E. : Exposé des motifs de l'avant-projet du Code pénal suisse d'avril 1908 (trad. A. Gautier). Berne, 1914.

II. DOCUMENTS.

a) *Internationaux.*III^e Congrès international de droit pénal (Palerme 1933).

Actes du Congrès, Rome 1935.

Rapports présentés au Congrès de Palerme ; troisième question : Est-il désirable d'avoir, à côté du code pénal et du code de procédure pénal, un code d'exécution des peines ?

Rapports préparatoires : Revue internationale de droit pénal (1931).

XI^e Congrès pénal et pénitentiaire international (Berlin 1935).

Actes du Congrès, Berne 1935.

Rapports et discussion ; première question : Quelle doit être la compétence du juge pénal dans l'exécution des peines ?

IV^e Congrès international de droit pénal (Paris 1937).

Actes du Congrès, Paris 1939.

Rapports et discussion ; quatrième question : Le juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté.

Rapports préparatoires : Revue internationale de droit pénal (1934, 1936 et 1937).

Journées Franco-Belgo-Luxembourgeoises de science pénale (1951).

Rapports et discussion : Le rôle du magistrat dans l'exécution des peines. Paris 1952.

La Sentence indéterminée (Nations Unies).

New-York 1953.

X^e Congrès international de droit pénal (Rome 1969).

Rapports préparatoires et conclusions ; troisième question : Le rôle du juge dans la détermination et l'application des peines. Revue internationale de droit pénal (1970).

VIII^e Congrès international de Défense Sociale (Paris 1971).

Les techniques de l'individualisation judiciaire (rapports nationaux et particuliers).

Milan 1971.

Fondation internationale pénale et pénitentiaire (M. Ancel et coll.).

Méthodes modernes de traitement pénitentiaire (1952).

Organisation des Nations Unies (coll.).

La probation et les mesures analogues (1952).

Conseil de l'Europe (Comité européen pour les problèmes criminels).

Organisation pratique des mesures de surveillance, d'assistance et d'aide post-pénitentiaire pour les personnes condamnées ou libérées sous condition.

Strasbourg 1970.

Droit pénal européen (Colloques européens).
Bruxelles 1970.

Conseil de l'Europe (Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales).

Les Droits de l'Homme dans les prisons : sujets de jurisprudence.
Strasbourg 1971.

b) *Nationaux.*

IX^e Journées de Défense Sociale (Toulouse 1961).

Le fonctionnement du sursis avec mise à l'épreuve.
Paris 1961.

X^e Journées de Défense Sociale (Lyon 1962).

Les problèmes posés par l'institution du juge de l'application des peines
(Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1962).

Journées d'études des juges de l'application des peines (Vaucresson 1966).

Melun 1967.

IV^e Congrès français de criminologie (Strasbourg 1963).

Le traitement des délinquants.
Paris 1966.

IX^e Congrès français de criminologie (Montpellier 1968).

Le fonctionnement de la Justice pénale.
Montpellier 1971.

X^e Congrès français de criminologie (Lyon 1969).

Le traitement dans le service pénal.
Paris 1970.

VIII^e Congrès international de Défense Sociale (Paris 1971).

Les techniques de l'individualisation judiciaire (Travaux français publiés
sous la direction de G. Levasseur).
Paris 1971.

Rapport du groupe de travail I sur le juge de l'application des peines (Commissions de réforme pénitentiaire).

Dactyl. Paris 1972.

Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der Freiheitssentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung (Kommissionsentwurf).
Karlsruhe 1971.

Code pénal exécutif de la République populaire de Pologne.

Traduction : G. Sliwowski ; Introduction : S. Walczak.
Varsovie 1970.

Annexe :

LE JUGE DE L'APPLICATION DES PEINES

Bibliographie.

- ANCEL, M. : Der Strafvollzugsrichter in Frankreich, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1967, p. 402.
- BREDIN, J.-D. : Deux institutions nouvelles du CPP : le j.a.p. et le sursis avec la mise à l'épreuve, Jurisclasseur périodique, 1959 I 1517.
- CANNAT, P. : Le rôle du Tribunal dans la détermination et l'application des peines. La genèse du j.a.p., Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1967, p. 21.
- CHAVANNE, A. : Les problèmes posés par l'institution du j.a.p., Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1962, p. 801.
- CHAZAL, J. : Le juge de l'application des peines... un intrus ?, Justice 72, N° 16, janvier 1972, p. 26.
- COLIN, M. : Le j.a.p. et l'équipe médico-psychiatrique, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1962, p. 604.
- COULON, J.-M. : Du juge de l'application des peines au juge de l'exécution des peines. Paris, 1972.
- La loi du 29 décembre 1972 et le juge de l'application des peines. Jurisclasseur périodique, 1973 I 2553.
- DELOBEAU, J. : Le j.a.p. et son équipe en milieu ouvert, Information psychiatrique, novembre 1966, N° 9, p. 855.
- DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, B. : Le j.a.p. en maison centrale à régime progressif, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1967, p. 591.
- Le rôle du j.a.p. à l'égard des interdits de séjour, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1968, p. 499.
- Les modifications récentes du régime d'exécution des peines privatives de liberté. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1973, p. 567.
- FAURE : Les j.a.p. et l'interdiction de séjour, Etudes pénitentiaires, 1960, N° 3, p. 39.
- FRANSES-MAGRE, J.-J. : Commentaire de la loi du 17 juillet 1970, dispositions relatives à l'application des peines et au sursis avec mise à l'épreuve, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1971, p. 323 et 523.
- GAYRAUD, A. : Le j.a.p. dans la perspective du personnel pénitentiaire, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1967, p. 815.
- GUGENOT, J. : La réalisation du traitement pénitentiaire dans le domaine judiciaire, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1961, p. 501.
- HAMELIN, M. : Le j.a.p. et l'avocat, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1968, p. 11.
- HENNION, M. : Le rôle du j.a.p. en milieu ouvert, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1967, II, p. 327.
- HOURCADE, X. : L'action du juge de l'application des peines, Thèse Bordeaux (dactyl.), 1968 (recension : RPDP 1970, p. 271).

- Réflexions sur 10 ans d'expérience de j.a.p., *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1971, p. 855.
- JAMBU-MERLIN, M. : Le rôle du tribunal dans l'application et la détermination des peines, *Revue internationale de droit pénal*, 1970, p. 485.
- LARMAILLARD, P. : Le juge de l'application des peines, juge social, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1972, p. 49.
- LÉAUTÉ, J. : Le j.a.p. et le nouveau CPP, *Revue pénale suisse*, 1959, p. 337.
- LEROY, P. : Le j.a.p., pièce maîtresse de la politique française de réinsertion sociale, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1972, p. 753.
- LIOTARD, M. : Les problèmes pratiques posés par le fonctionnement du service du j.a.p., *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1962, p. 580.
- MALHERBE, J. : Le j.a.p., *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1959, p. 635.
- MARX, Y. : Le j.a.p., *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1963, p. 158.
- NICOT, X. : Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives au régime des peines, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1971, p. 621.
- NOIREL : Remarques sur le j.a.p., *Recueil Dalloz*, 1961, ch. XXV, p. 133.
- PICCA, G. : Attributions du j.a.p., *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1959, p. 599.
- Le j.a.p. et l'association du juge à l'application des peines privatives de liberté, *Etudes pénitentiaires*, 1959, N° 2, p. 40.
- PONS, L. : Les Journées d'études régionales des j.a.p., *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1962, p. 116.
- Le rôle du j.a.p., *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1962, p. 574.
- ROSSI, H. : De l'association du j.a.p. à la juridiction de jugement, *Jurisclasseur périodique*, 1964, N° 1833.
- SAINTES, J. : Le rôle du j.a.p. en centre d'observation de relégués, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1968, p. 275.
- SCHWIN, M. : Le rôle du j.a.p. en maison d'arrêt, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1967, p. 33.
- SLIWOWSKI, G. : Les dispositions concernant le contrôle judiciaire de l'exécution des peines en droit français, *Mélanges Hugueney, Problèmes contemporains de procédure pénale*, 1964, p. 273.
- VIALATTE, R. : De certaines analogies existant entre les actes du juge d'instruction et du juge des enfants et les actes du j.a.p., *Jurisclasseur périodique*, 1964 I, N° 1866.
- Le service de l'application des peines, *Gazette du Palais*, 1968 II, Doct. 207.
- VIENNE, R. : Le j.a.p., *Jurisclasseur de procédure pénale*, Vol. IV, art. 714.
- Collectif : Journées d'études des j.a.p., *Vaucresson* 1966.
- Session de formation permanente de juges de l'application des peines (*Vaucresson* 1973), *RPDP* 1973, p. 197.

TABLE DES MATIÈRES

Abréviations	v
Introduction	1
I. Introduction	1
II. Données historiques	5
A) Allemagne	5
B) France	9
C) Italie, Portugal et Pologne	13
III. Limites et contraintes	16

Première partie :

Les fondements de la participation du juge à l'application des sanctions pénales.

Chapitre I. — Statut et autonomie de l'exécution pénale	21
1. Allemagne	21
2. France	25
3. Italie	27
4. Un nouveau droit autonome	28
Chapitre II. — Justifications théoriques partielles	34
Introduction	34
5. Continuité de juridiction	35
6. L'imprévision	36
7. Incident d'exécution, statut légal et droits subjectifs	37
8. Critique des justifications partielles	37

Chapitre III. — La condition juridique du condamné	39
Introduction	39
9. Le droit sanctionnel comme droit public	39
10. Le rapport de sujétion particulière	40
11. Le statut du condamné	43
Chapitre IV. — Les droits subjectifs	46
12. Notion	46
13. Classification	49
14. Protection	54
Chapitre V. — La légalité criminelle	58
15. Généralités	58
16. La légalité des sanctions pénales	59
17. La collision de deux normes : l'autorité de la chose jugée et la légalité	61
18. Le respect de la légalité en droit sanctionnel	63
Chapitre VI. — Justice et administration : le partage des compé- tences	67
19. Distinctions	67
20. Compétences	70
21. Le choix d'une autorité	73
1) Le ministère public	73
2) Les juridictions de jugement	75
3) Les commissions pluridisciplinaires	77
4) Les juridictions spéciales	80
22. Répartition des tâches	84
23. Tâches de la juridiction sanctionnelle	86

Deuxième partie :
Les solutions exemplaires.

Introduction	93
Chapitre I. — Les interventions judiciaires dans l'application des sanctions pénales en Italie	94
24. Cadre légal et organisation judiciaire	94
25. Le juge d'exécution	95
26. Le juge de surveillance	96
a) Peines	97
b) Mesures	98
27. Conclusions	100
Chapitre II. — <i>Le tribunal de l'exécution des peines au Portugal</i> ..	102
Introduction	102
28. Organisation	102
29. Fonctions	103
30. Conclusions	105
Chapitre III. — <i>Le juge français de l'application des peines</i> ..	107
Introduction	107
31. Décisions affectant la privation de liberté et ses modalités	108
32. Le j.a.p. en milieu ouvert	110
33. Tâches non décisionnelles du j.a.p.	112
34. Nature des décisions du j.a.p.	113
1) Décisions administratives	114
2) Ordres d'arrestation provisoire	114
3) Décisions préjuridictionnelles	115
4) Le rôle juridictionnel du j.a.p.	115
35. Conclusions	117

Chapitre IV. — Le juge et le tribunal pénitentiaires en Pologne ..	120
36. Le cadre légal de l'exécution des sanctions pénales ..	120
37. Les organes de l'exécution et leurs compétences	121
1) Les juridictions de jugement	121
2) Le tribunal pénitentiaire	123
3) Le juge pénitentiaire	125
4) Les commissions pénitentiaires	126
38. Conclusions	126
Chapitre V. — Le contrôle judiciaire dans l'application des sanctions pénales en Allemagne	129
39. Droit actuel	129
40. La révision du droit de fond	130
1) Le projet officiel de 1962 (E 62)	130
2) Le projet alternatif de 1966 (AE)	132
3) L'expérience de Karlsruhe	133
41. Le projet de loi sur l'application des sanctions pénales de 1971 (ES tVG)	136
42. Conclusions	138

Troisième partie :

La Suisse, un système perfectible.

43. Le cadre légal de l'exécution ; historique	143
44. Le contrôle de l'application des sanctions pénales	147
a) Le contrôle cantonal	147
b) Le contrôle fédéral	149
45. La participation judiciaire dans l'application des sanctions pénales	152

46. Une réforme en trois points	154
1) Attribution judiciaire des décisions sanctionnelles du CPS	154
2) Une légalité sanctionnelle absolue	157
3) Lignes directrices pour une juridiction sanctionnelle	161
<i>Conclusion générale</i>	167
<i>Bibliographie</i>	171
1. Bibliographie générale	171
2. Documents	176
a) internationaux	176
b) nationaux	177
Annexe : le juge de l'application des peines	178

ACHEVÉ D'IMPRIMER
AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),
EN OCTOBRE 1974

